



دانشگاه امام صادق
دانشکده معارف اسلامی و حقوق

فصلنامه علمی

پژوهش‌ها در حقوق اسلامی

سال بیست و سوم | شماره چهارم | پیاپی ۵۸
زمستان ۱۴۰۱

۵۸

● قانون به مثابه امری اجتماعی؛ مطالعه روش‌شناسانه نظریه قانون مونتسکیو
مجتبی جاویدی

● ساز و کار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری
مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
علی آریان‌نژاد • میثم اقبائی فام • علی فتاحی زفرقندی

● مغایرت موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم
با مبانی فقهی و قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی
حمیدرضا صالحی • محمدرضا عباسی • علی احمدی بیاضی

● بررسی شمولیت رأی وحدت‌رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور
نسبت به «تسهیلات مشارکتی»
حسین عابدینی • ابوالفضل ذاکری

● کاوشی نو در جهت رفع تعارض بین ماده ۳۸ قانون مدنی با قوانین موضوعه
محدودکننده مالکیت خصوصی
زینب سنجولی • محمدرضا کیخا

● بررسی فقهی حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی
در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها
یاسر مرادی • سید امیرحسین سیدی

شاپا الکترونیکی | ۶۶۷۳ - ۲۵۸۸

شاپا چاپی | ۹۸۵۸ - ۲۲۵۱

ACADEMIA DOAJ SID ISC



پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی
سال بیست‌وسوم، شماره چهارم، پیاپی ۵۸، زمستان ۱۴۰۱

صاحب امتیاز: دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
مدیر مسئول: سلمان عمرانی، استادیار (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سردبیر: نجادعلی الماسی
مدیر داخلی: محمد هاشمی سیاوشانی

اعضای هیأت تحریریه (به ترتیب رتبه و الفبا):

نجادعلی الماسی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
ولی رستمی استاد (تخصص: حقوق عمومی) دانشگاه تهران
سیدحسین صفایی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
علی غلامی استاد (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
عباس کریمی استاد (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه تهران
فرید محسنی استاد (تخصص: حقوق جزا و جرم‌شناسی) دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری
سیدفضل‌الله موسوی استاد (تخصص: حقوق بین‌الملل) دانشگاه تهران
توکل حبیب‌زاده دانشیار (تخصص: حقوق بین‌الملل) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
سیدمصطفی سعادت‌مصطفوی دانشیار (تخصص: حقوق خصوصی) دانشگاه امام صادق علیه‌السلام

* بر اساس مجوز شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، فصلنامه علمی «پژوهش‌نامه حقوق اسلامی» از شماره ۳۴ واجد اعتبار «نشریه علمی» است.
* نشریه از شماره ۱۱ الی ۲۴ با عنوان «اندیشه صادق» و از شماره ۲۵ الی ۳۱ با عنوان «معارف اسلامی و حقوق» منتشر شده است. دوره انتشار این نشریه از ابتدای شماره ۵۵ با مجوز صادره از سوی وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی از «دوفصلنامه» به «فصلنامه» تغییر نموده است.

مقالات نشریه در پایگاه‌های ذیل نمایه می‌شود:

پایگاه استادی علوم جهان اسلام: <https://www.isc.gov.ir>
پایگاه اطلاعات علمی جهاد دانشگاهی: <https://www.sid.ir>
پایگاه اطلاعات نشریات کشور: <https://www.magiran.ir>
پایگاه مجلات تخصصی نور: <https://www.noormags.com>
پایگاه مرجع دانش: <https://www.civilica.com>
پرتال جامع علوم انسانی: <https://www.ensani.ir>
پایگاه گوگل اسکالر: <https://www.Google.Scholar.com>
شبه علمی اجتماعی آکادمیا: <https://isu-ir.academia.edu>
پایگاه دواچ: <https://www.DOAJ.org>
شبه علمی اجتماعی لینکدین: <https://www.LinkedIn.com>

ویراستار انگلیسی: دکتر طاهر حبیب‌زاده
مقالات این فصلنامه لزوماً بیان‌کننده دیدگاه دانشگاه نیست.
دسترسی به محتوای این نشریه آزاد است.
بازنشر و استناد به مقالات برای مقاصد غیرتجاری و با ذکر کامل مأخذ رواست.

چاپخانه: انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام
۱۹۰ صفحه / ۰۰۰،۰۰۰ ارپال

نشانی: ایران، تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵
مدیریت امور فنی و چاپ: معاونت پژوهش و فناوری، تلفن: ۰۲۱)۸۸۵۷۵۰۲۵
مدیریت امور علمی و تحریریه: دانشکده معارف اسلامی و حقوق، تلفن: ۰۲۱)۸۸۳۸۵۱۱۸
آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.isu.ac.ir>
آدرس پست الکترونیک نشریه: ilrisu@yahoo.com

اهداف و سیاست‌های پژوهش‌نامه حقوق اسلامی

تولید علم از اقدامات حیاتی و مهم در راستای پیشرفت همه‌جانبه یک کشور و نیل به اهداف بلند خویش است. در سالیان اخیر بسط و تولید علم بومی در ایران رشدی قابل قبول داشته است و روند این رشد نیز امیدوارکننده است. نشریات حقوقی نیز در سالیان اخیر رشدی فزاینده داشته است. در کشورهای مولد علم همواره نشریات علمی از اهمیت خاصی برخوردار است. مقالات برخلاف کتب که غالباً تدریسی و آموزشی است، دربردارنده اندیشه‌های بدیع و نو در زمینه‌های مشخصی است که در مرزهای دانش سیر می‌کند. نشریات علمی - پژوهشی حقوقی، حاصل تحقیقات و پژوهش‌هایی را عرضه می‌کند که اساتید طراز اول و دانشجویان خوش‌فکر و ممتاز دانشکده‌های حقوق مدتی بر سر آن موضوعات تأمل کرده‌اند و آنچه ارائه می‌شود، محصول پژوهشی سامان‌دار و منظم توسط این گروه است. در کشورهای ممتاز از نظر علمی، مقالات علمی - پژوهشی مخاطبان خاص دارد و اساتید و دانشجویان تحصیلات تکمیلی از این دست مقالات بهره‌ای وافر می‌برند.

فصلنامه علمی پژوهش‌نامه حقوق اسلامی به‌کوشش دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام) به سردبیری استاد دکتر نجادعلی الماسی، به‌موجب نامه شماره ۳/۱۹۶۱۹۱ و جلسه مورخ ۱۳۹۱/۱۰/۰۹ کمیسیون بررسی و تعیین اعتبار نشریات علمی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری از شماره ۳۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰) واجد اعتبار «نشریه علمی» است.

مقالات این نشریه محصول تلاش اساتید، پژوهش‌گران و دانشجویان نخبه حقوق است که از طریق تولید و پژوهش و یا برگرفته از پایان‌نامه (تهیه‌شده زیر نظر اساتید راهنما) است که پس از داوری توسط اساتید منتشر می‌شود.

در این نشریه دو دسته از مقالات ارائه می‌گردد: دسته اول، متمرکز بر شیوه‌های مبنایی و نظری و شیوه تعامل حقوق، فقه، فلسفه و سایر حوزه‌های مرتبط با حقوق است. این دست مقالات با تأکید بر نظریه‌های مبنایی حقوق سعی در واکاوی و ارائه نظریه جدید در ادبیات حقوقی کشور دارد. دسته دیگر مقالات، مقالاتی است که سعی می‌کند مشکلات و مسائل حقوقی را در عرصه عمل، با نگاهی میان‌رشته‌ای، تطبیقی و کاربردی حل کند. به‌عبارتی، در دسته دوم مقالات سعی در ارائه راهکارهایی مناسب جهت رفع چالش‌های حقوقی موجود در جامعه دارد. دسته دوم به مطالعات و ادبیات عملی حقوق نزدیک‌تر است، حال آنکه دسته اول، سعی در ارائه نظریات جدید در بنیان‌های حقوقی کشور دارد. امید است با تعامل این دو دسته از مقالات، جامعه علمی - حقوقی کشور شاهد ارائه مقالاتی بدیع، در مرزهای دانش در مطالعات حقوق، فقه فلسفه و سایر علوم مورد نیاز جهت رفع مشکلات و ارائه راهکارها و نظریات در فضای علمی و عملی حقوق باشد و این نشریه به غنای ادبیات حقوق در کشور بیافزاید.

ان‌شاءالله جهت‌گیری مجله حاضر آن است که با استفاده از حضور و اشراف اساتید برجسته حقوق کشور، گامی در راستای تولید حقوق اسلامی و بومی بردارد.

شور اخلاقی نشریات علمی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)

مقدمه

با توجه به رویکرد دانشگاه امام صادق (علیه السلام) جهت تولید، انتشار و به روزرسانی علوم انسانی اسلامی و پاسخ‌گویی به نیازهای نوظهور انقلاب و نظام اسلامی، همچنین پایبندی به راهنماهای ملی و بین‌المللی تدوین شده اخلاق پژوهشی، همچون «راهنمای کمیته بین‌المللی اخلاق در انتشارات»^۱ و «مجموعه منشور و موازین اخلاق پژوهش» مصوب معاونت پژوهش و فناوری وزارت علوم، تحقیقات و فناوری، نشریات علمی - پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام) به‌عنوان عضوی از مجلات علمی - پژوهشی جمهوری اسلامی ایران، ملزم به رعایت اصول ارزش‌های اخلاق حرفه‌ای هستند. در همین راستا اهم مسئولیت‌هایی که برای افراد فعال در نشر مجله همانند: نویسنده(گان)، مدیر مسئول، سردبیر، اعضای هیأت تحریریه و مدیر داخلی(مسئول دفتر نشریه) در نظر گرفته شده به اختصار بیان شده است.

مسئولیت‌های نویسندگان:

۱. از میان مقالات ارسالی به نشریات دانشگاه امام صادق (علیه السلام)، مقاله‌ای انتخاب و چاپ می‌شود که قبلاً در سایر مجلات علمی (فارسی یا سایر زبان‌ها) منتشر نشده، حاصل پژوهش اصیل، و دارای منبع و استناددهی دقیق باشد.
۲. مسئولیت نهایی محتوای کامل مقاله ارسالی بر عهده نویسنده(گان) است. شایسته است یافته‌های مقاله به طور کامل گزارش شود و در ارائه یافته‌ها و تفسیر و تحلیل آنها دقت کامل به عمل آید، مقاله حاوی جزئیات و منابع کافی باشد به نحوی که امکان دسترسی سایر پژوهشگران به مجموعه داده‌های یکسان جهت تکرار پژوهش وجود داشته باشد.
۳. قبل از ارسال مقاله، هرگونه تضاد منافع احتمالی که بر نتیجه یا تفسیر یافته‌های پژوهش و یا انتخاب سردبیران و داوران تأثیرگذار است، مطرح، و منابع مالی حامی پژوهش در مقاله ذکر شود.
۴. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و جلوگیری از هرگونه آشکارسازی هویت نویسنده برای داوران و برعکس. به عبارتی، مقاله عاری از هرگونه اطلاعات مشمول خودفشایی بوده، به طوری که داور قادر به شناسایی نویسنده نباشد.
۵. حصول اطمینان از وجود نام، اطلاعات و نقش هر یک از نویسندگان (نویسنده مسئول و نویسنده(گان) همکار) و نبود نامی غیر از پژوهشگران درگیر در انجام پژوهش.
۶. حفظ و حمایت از حریم خصوصی، کرامت انسانی، رفاه و آزادی شرکت‌کنندگان در پژوهش و ذکر هرگونه خطری که به واسطه پژوهش، متوجه انسان‌ها و یا سایر موجودات می‌شود.
۷. نویسنده در هر زمانی که متوجه هرگونه خطا و بی‌دقتی در مقاله خود شود نشریه را در جریان آن قرار داده، نسبت به اصلاح آن اقدام و یا مقاله را بازپس گیرد.
۸. اعلام صریح نویسنده(گان) مبنی بر صحت و اصالت مقاله، فقدان سرقت علمی و چاپ در سایر نشریات.
۹. مواردی از مصادیق رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:
 - ۹-۱. **جعل داده‌ها:** گزارش مطالب غیرواقعی و ارائه داده‌ها یا نتیجه‌های ساختگی به عنوان نتایج آزمایشگاهی، مطالعات تجربی و یا یافته‌های شخصی. ثبت غیرواقعی آنچه روی نداده یا جابجایی نتایج مطالعات مختلف.
 - ۹-۲. **تحریف داده‌ها:** ثبت و ارائه نتایج پژوهش به نحوی که جزئیات اجرای پژوهش یا فرآیند جمع‌آوری داده‌ها دستکاری شود، یا داده‌هایی حذف یا تغییر یابد، یا برخی نتایج کوچک به منظور پنهان کردن واقعیات بزرگتر (بزرگ‌نمایی) شود، تا نتایج پژوهش به اهداف خاصی برسد یا نتایج ارائه شده مورد تردید نباشد.
 - ۹-۳. **سرقت علمی:** اقتباس نزدیک افکار و عبارات نویسندگان دیگر، کپی‌برداری در بیان اندیشه‌ها، شباهت‌های ساختاری در نوشتار یا انتساب ایده‌ها و نتایج دیگران بدون ارجاع مناسب، یا معرفی آن به عنوان یک پژوهش اصیل علمی.
 - ۹-۴. **اجاره علمی:** به‌کارگیری فرد دیگری برای انجام پژوهش توسط نویسنده(گان) و دخل و تصرف اندکی پس از اتمام پژوهش و چاپ آن به نام خود.

۹-۵. **انتساب غیرواقعی:** انتساب غیرواقعی نویسنده (گان) به مؤسسه، مرکز یا گروه آموزشی یا پژوهشی که نقشی در اصل پژوهش مربوطه نداشته.

۹-۶. **ارسال مجدد:** مقاله یا بخشی از آن که در نشریه دیگری (داخل یا خارج از کشور) چاپ شده یا در جریان داوری و چاپ باشد.

۹-۷. **انتشار هم‌پوشان:** چاپ داده‌ها و یافته‌های مقالات پیشین خود با کمی تغییر در مقاله‌ای دیگر با عنوان جدید.

مسئولیت‌های مدیر مسئول:

۱. پیگیری دسترسی آزاد اطلاعات به نشریه و گسترش نشر و اشاعه آن؛
۲. نظارت و پیگیری امور کاری هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۳. دخالت نکردن در فرآیند داوری علمی مقالات؛
۴. دخالت نکردن در تصمیمات علمی هیأت تحریریه و سردبیر نشریه؛
۵. رعایت حقوق مادی و معنوی نویسندگان، سردبیر، هیأت تحریریه، داوران، و عوامل اجرایی؛
۶. تأیید نهایی مطالب ارسالی به نشریه برای چاپ و انتشار به لحاظ حقوقی.

مسئولیت‌های سردبیر و اعضای هیأت تحریریه:

۱. حفظ آزادی و اختیار عمل سردبیر نشریه در ایفای مستقلانه وظایف خود از قبیل رد یا پذیرش دست‌نوشته‌های واصله به کمک هیأت تحریریه و رعایت مسائل مربوط به شایستگی‌های علمی مقاله از جمله حفظ حقوق مادی و معنوی، اصالت پژوهش و نظر داوران و ویراستاران.
۲. تلاش برای ارتقاء و اجرای قوانین و دستورالعمل‌های اخلاقی و سلامت پژوهش.
۳. دریافت مستندات مربوط به شرایط مندرج ذیل در پذیرش مقاله از نویسنده (گان):
۳-۱. اعطای حق چاپ مقاله در نشریه دانشگاه؛
۳-۲. اعلام تعارض منافع احتمالی.
۴. انتخاب داوران شایسته با توجه به زمینه تخصصی، تجربه علمی و کاری، و نیز احترام به درخواست‌های مستدل و منطقی نویسنده (گان) در مورد داوری مقاله توسط داوران خاص؛
۵. اجتناب از آشکارسازی اطلاعات و مشخصات نویسنده (گان) و داوران در فرآیند ارزیابی مقاله و احتراز از ارائه اطلاعات مقاله و بحث درباره جزئیات آن با دیگران؛
۶. جلوگیری از بروز هرگونه تضاد منافع در روند داوری، که به طور بالقوه بر پذیرش و نشر مقالات ارائه شده تأثیر بگذارد.
۷. بررسی دقیق آثار متهم به تخلفات پژوهشی واصله از داوران یا طرق دیگر (همانند سامانه سمیم‌نور برای مشابه‌یابی)، و در صورت نیاز اقدام براساس «دستورالعمل تخلفات پژوهشی وزارت علوم، تحقیقات و فناوری و نیز دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)».

مراحل برخورد رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی:

۱. آگاه‌سازی هیأت تحریریه نشریه و ارسال نامه به نویسنده مسئول برای درخواست توضیح، بدون رفتار قضاوتی؛
۲. اختصاص فرصتی مناسب برای پاسخ‌گویی نویسنده (گان) متهم به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» و پیگیری موارد و تخلفات محرز شده تا آخرین مرحله.
۳. ارجاع موضوع به هیأت تحریریه در صورت دریافت توضیحات غیرقابل قبول از سوی نویسنده برای تصمیم‌گیری نهایی در خصوص پذیرش یا رد مقاله.
۴. مطابق با تصمیم نهایی هیأت تحریریه؛
۵. تذکر کتبی به نویسنده مقاله و یادآوری خط‌مشی چاپ نشریه قبل از انتشار، و یا در خواست اصلاح گزارش و انتشار متن عذرخواهی نویسنده در نشریه شماره بعد؛
۶. اخطار به نویسنده مسئول و رد هر اثر دیگری از نویسنده متخلف؛
۷. انتشار بیانیه عذرخواهی در شماره بعدی نسخه چاپی نشریه و ذکر آن در نسخه برخط (آنلاین) مقاله‌ای که تقلب و سرقت علمی در آن محرز شده است (سلب اعتبار)؛
۸. تلاش برای بهبود مستمر کیفیت و تضمین درستکاری و صداقت محتوای نشریه و احترام به تشکیلات نشریه اعم از: خوانندگان، نویسندگان، داوران صاحب امتیاز، مدیر مسئول، مدیر داخلی، کارکنان هیأت تحریریه و ناشر؛
۹. بررسی تمامی مقالات دریافتی در مدت زمان مناسب.

مسئولیت‌های داوران:

۱. کمک به بررسی کیفی، محتوایی و علمی مقالات در جهت بهبود و ارتقاء کیفی نشریه.
۲. به‌کارگیری دانش و تخصص حرفه‌ای در حوزه موضوعی مقاله و اعلام تصمیم‌پذیرفتن مقاله به سردبیر نشریه در صورت وجود تضاد منافع اعم از منافع مشترک، مالی، سازمانی، شخصی و یا کمبود زمان برای داوری.
۳. اعلام نظر تخصصی و اصلاحی به طور روشن و واضح، براساس مستندات علمی و استدلال کافی در مهلت زمانی معین به سردبیر نشریه و نویسنده(گان) و دوری از اعمال نظر سلیقه‌ای، صنفی، نژادی و مذهبی در داوری مقاله.
۴. اجتناب از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری مقاله یا اطلاعات منتشر نشده نویسنده(گان)، برای منافع شخصی.
۵. احترام به فرآیند محرمانه ارزیابی و خودداری از به‌کارگیری اطلاعات، بحث‌ها، تفاسیر و ایده‌های به دست آمده در فرآیند داوری یا استفاده از داده‌ها و مفاهیم جدید مقاله به له یا علیه پژوهش‌های خود یا دیگران یا برای انتقاد یا بی‌اعتبارسازی نویسنده(گان).
۶. کمک به سردبیر نشریه در تهیه گزارش «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی» مقالات دریافتی برای داوری.
۷. آگاه‌سازی سردبیر نشریه به هنگام تأخیر در انجام داوری مقاله و درخواست تخصیص زمان بیشتر یا گزینش داور دیگر.

مسئولیت دفتر نشریات علمی - پژوهشی:

۱. تعیین و اعلام شفاف سیاست‌های انتشاراتی خود، به‌خصوص در رابطه با استقلال تصمیم‌گیری هیأت تحریریه، اخلاق انتشاراتی، صیانت از مالکیت فکری و حق چاپ، تضاد منافع، وظایف نویسندگان، داوران، سردبیر و هیأت تحریریه، فرآیند داوری و تصمیم‌گیری، تقاضاهای تجدید نظر و شکایات، حفظ اسناد علمی فرآیند تصمیم‌گیری، حفظ اطلاعات نویسندگان و داوران، اصلاح یا حذف مقالات پذیرفته شده و حل اختلاف بین شاکیان و متهمان به «رفتار غیراخلاقی انتشاراتی و پژوهشی».
۲. رصد و پیگیری شکایات تخلفات پژوهشی برای نشریات دانشگاه.
۳. کمک برای اصالت و سلامت پژوهشی مقالات منتشره در نشریات دانشگاه.

پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، مقالات پژوهشی
سال بیست‌وسوم، شماره چهارم، پیاپی ۵۸، زمستان ۱۴۰۱

فهرست مطالب

- قانون به‌مثابه امری اجتماعی؛ مطالعه روش‌شناسانه نظریه قانون مونتسکیو..... ۵۱۱
مجتبی جاویدی
- سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی
جمهوری اسلامی ایران ۵۳۹
علی آریان‌نژاد؛ میثم اقرائی فام و علی فتاحی زفرقندی
- مغایرت موادی از آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم با مبانی فقهی و
قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی..... ۵۶۵
حمیدرضا صالحی؛ محمدرضا عباسی و علی احمدی بیاضی
- بررسی شمولیت رأی وحدت‌رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به
«تسهیلات مشارکتی» ۵۹۱
حسین عابدینی و ابوالفضل ذاکری
- کاوشی نو در جهت رفع تعارض بین ماده ۳۸ قانون مدنی با قوانین موضوعه
محدودکننده مالکیت خصوصی..... ۶۲۱
زینب سنجولی و محمدرضا کیخا
- بررسی فقهی حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها
و راهکارها..... ۶۵۳
یاسر مرادی و سید امیرحسین سیدی

قانون به مثابه امری اجتماعی؛ مطالعه روش شناسانه نظریه قانون مونتسکیو

مجتبی جاویدی*

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۲۰

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۲۰

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

با پیدایش مدرنیته به تدریج شاهد تغییر مبنای علم و شکل‌گیری علمی متفاوت از دوران پیش از آن هستیم. علم جدید، صورت کامل‌شده علم دوران پیش از مدرن نیست، بلکه مبتنی بر بنیادهای هستی‌شناسانه، معرفت‌شناسانه و انسان‌شناسانه متفاوت و متکی بر تلقی خاصی از طبیعت، انسان و خداوند است. نظریه مونتسکیو در چارچوب رویکرد مدرن، توجهی به طبیعت ثابت انسان، مبدأ و غایت وجودی او در رسیدن به سعادت حقیقی ندارد. در چارچوب آن، انسان دارای طبیعتی ثابت و پایدار نیست، بلکه طبیعت او در خلال اجتماع ساخته می‌شود. او قانون را از اجزای نظام اندام‌واره اجتماعی می‌داند و تلاش می‌کند پیوند بین «قانون» به‌عنوان امری اجتماعی با شرایط مختلف اجتماعی را آشکار سازد. مهم‌ترین نتایج تلقی قانون به‌مثابه امری اجتماعی در اندیشه مونتسکیو عبارت است از: تحلیل قوانین جامعه بر اساس شرایط اجتماعی، پذیرش روابط علی حاکم بر قانون، نسبت قانون و جدایی آن از ارزش‌ها و از دین. این مقاله می‌کوشد با رویکرد روش‌شناسانه، بین اصول علم اجتماعی او و مبانی بنیادین آن و نظریه قانون وی ارتباط برقرار کرده و نظریه قانون او را در پرتو بنیان‌های علم اجتماعی جدید که متفاوت از بنیان‌های علم سنتی است مطالعه نماید.

واژگان کلیدی: روح‌القوانین، روش‌شناسی، مدرنیته، مونتسکیو، نظریه اجتماعی، نظریه قانون.

مقدمه

اگرچه مدرنیته و ظهور عالمی متفاوت از جهان سنتی، از رنسانس آغاز شد اما جوهر مدرنیته از قرن هجدهم میلادی با ظهور «عصر روشنگری» آشکار شد. فرانسه در این قرن، دانشمندانی را به خود دید که با رویکرد هستی‌شناسانه و معرفت‌شناسانه متفاوت از دوران پیش از مدرن، به اندیشه‌ورزی در حوزه زندگی سیاسی - اجتماعی انسان پرداختند. فلاسفه عصر روشنگری فرانسه تلاش کردند کاری شبیه آنچه نیوتون در حوزه جهان فیزیکی انجام داد، در حوزه زندگی اجتماعی انسان‌ها انجام دهند. «نهضت روشنگری نمودار گسترش جهان‌بینی علمی به‌خود انسان و تلفیق مکتب اصالت بشر با این جهان‌بینی علمی است» (کاپلستون، ۱۳۹۰، ج ۴، ص. ۵۰). گرچه برخی ریشه روشنگری را به قرن هفدهم باز می‌گردانند اما حداقل نقطه اوج آن در قرن هجدهم میلادی بخصوص در فرانسه و با انتشار دائرةالمعارف بوده است (مارشال، ۱۳۸۸، ص. ۳۴۸). عصر روشنگری نمودار مکتب یا نظریه خاصی نیست بلکه نشان‌دهنده نوعی جهان‌بینی است که طی آن فیلسوفان مدرن تلاش کردند با رویکردی متفاوت از دوران پیش از مدرنیته، به مطالعه انسان بپردازند. اساساً مفهوم علم جدید، نسبت به علم قدیم متفاوت است. علم قدیم علم دانستن موجودات و هماهنگ شدن با جهان و طبیعت بود، اما علم جدید با سودای تسخیر و تصرف در موجودات پدید آمد و هرگز از این سودا جدا نشد. علم جدید طرح تغییر جهان است (داوری اردکانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۰۶). به‌لحاظ معرفت‌شناسی نیز آنچه که به تدریج پس از رنسانس و با ظهور مدرنیته رخ داد تغییر مبنای علم بود؛ به این بیان که به دلیل غلبه معرفت‌شناسی اصالت حس، تلقی خاصی از تجربه به‌عنوان تنها راه شناخت و ارتباط انسان با جهان خارج معرفی شد. با این تغییر معرفت‌شناختی، علم از مصادیق غیرتجربی خود منصرف شد و در معنای جدید خود به‌کار رفت؛ لذا واژه «علم» در دوره قدیم و جدید تنها در لفظ مشترک است و هر کدام معنای خاص خود را افاده می‌کند.

یکی از این اندیشمندان فرانسوی عصر روشنگری، «بارون دولابرد» دو موتسکیو^۱ است. کتاب «روح القوانین» او یکی از مهم‌ترین آثار بود که در سال ۱۷۴۸ میلادی منتشر شد. گرچه انتساب تولد یک علم به یک اندیشمند خاص کار دشواری است، اما

مونتسکیو برای نخستین بار اصول بنیانی علم اجتماع را پایه‌گذاری کرده است (Durkheim, 1960, p. 61) و پدیده قانون را در پرتو همین اصول اجتماعی مورد مطالعه قرار داده است. در واقع، مونتسکیو از میان پدیده‌های اجتماعی مختلف، پدیده «قانون» را بررسی کرده و نظریه قانون او کاملاً از اصول علم اجتماعی وی تأثیر پذیرفته است. البته اصول علم اجتماعی در بسیاری از موارد به صراحت مورد اشاره قرار نگرفته است، بلکه در لابلای اثر او پنهان بوده و باید آنها را کشف و آشکار کرد.

این مقاله تلاش می‌کند که با رویکردی روش‌شناسانه بین مبانی علم اجتماعی و اصول برخاسته از آن و نظریه قانون وی ارتباط برقرار کرده و نظریه قانون او را در پرتو بنیان‌های علم اجتماعی جدید که متفاوت از بنیان‌های علم سنتی است مطالعه نماید. در خصوص واژه «روش» باید گفت که حداقل دو معنا از روش را می‌توان اراده کرد؛ معنای نخست اختصاص به دوران مدرن دارد. اساساً علم جدید با روش^۲ پدید آمده است (داوری اردکانی، ۱۳۹۰، ص. ۲۱ و ۱۳۷۴، ص. ۱۳۴). علت تأکید بر روش در دوران مدرن آن است که بر اساس فلسفه مدرن، حقیقت اشیاء بر انسان ظاهر نمی‌شود و تنها از طریق روش بر ما آشکار می‌شود؛ اما بر اساس رویکرد فلسفه اسلامی در امکان کشف حقیقت اشیاء، روش را در معنای دیگری نیز می‌توان به کار برد. ملاحظاتی سبزواری، فکر را «حرکتی به سوی مبادی و از مبادی به سمت مقصد» می‌داند (سبزواری، ۱۳۶۹، ج ۱، ص. ۵۷). براین اساس، دانشمند به هنگام حرکت فکری به سوی مجهولات، راهی را طی می‌کند که همان روش اوست. هر نظریه علمی با برخی اصول و مبانی تصویری و تصدیقی آغاز می‌شود که مهم‌ترین آن عبارت‌اند از: مبانی هستی‌شناختی، مبانی معرفت‌شناختی و مبانی انسان‌شناختی. شناخت این مجموعه مبانی را می‌توان «روش‌شناسی بنیادین» نامید (پارسانیا، ۱۳۹۰، صص. ۶۹-۷۱ و پارسانیا، ۱۳۹۲). به این معنا هر پژوهش مکتوب یا تفکر نانوشته‌ای روشی دارد، گرچه پژوهشگر به روش خود تصریح نکند. روش‌شناسی بنیادین مبادی ناگفته و پنهان یک نظریه را آشکار می‌کند و زمینه درک صحیح آن را فراهم خواهد ساخت. در نتیجه آن، پژوهشگر معایب و ناسازواری‌های روشی نظریه قانون در اندیشه مونتسکیو را فهم کرده و آن را مدلی کاملاً آرمانی لحاظ نمی‌کند و از سوی دیگر، با فهم این مبانی بنیادین، آن

نظریه را بر دیدگاه دینی تحمیل نکرده و برای مشابهت با نظریه غربی، اقدام به تأویل و تحریف آموزه‌های دینی و ارائه تصویری طنزآمیز و قابل انطباق با هر نظریه‌ای از دیدگاه اسلامی نخواهد کرد. نگارنده در این مقاله روش را در معنای اخیر به‌کار برده است و تلاش کرده است که بین اصول علم اجتماعی مونتسکیو و مبادی بنیادین آن ارتباط برقرار کرده و تأثیرگذاری آن بر نظریه قانون وی را آشکار سازد. رویکرد روشی مورد اشاره، در خصوص اندیشه اجتماعی مونتسکیو جدید است و پژوهشی پیرامون آن صورت نگرفته است. در ادامه نحوه تأثیرپذیری نظریه قانون مونتسکیو از اصول علم اجتماعی وی در چند عنوان بررسی خواهد شد. برای این منظور در ابتدا رویکرد استقرایی - قیاسی مونتسکیو در مطالعه قانون مورد بحث قرار خواهد گرفت. سپس مقصود از «قانون به‌عنوان امری اجتماعی» و مبانی فلسفی آن روشن خواهد شد و بعد از آن، نتایج تلقی قانون به‌مثابه امری اجتماعی در اندیشه مونتسکیو با رویکردی روش‌شناسانه در چند عنوان بررسی خواهد شد.

۱. رویکرد استقرایی - قیاسی در مطالعه قانون

فلسفه جدید به دو بخش اروپایی و انگلیسی تقسیم می‌شود. به‌لحاظ معرفت‌شناسی، فلسفه اروپایی به صفت اصالت عقل^۳ و فلسفه انگلیسی به صفت تجربی^۴ متصف است (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص. ۲۳۳). بنابر دیدگاه اصالت تجربی، ذهن انسان پیش از تولد مانند لوح نوشته است و تمام معارف به طریق تجربی بر لوح ضمیر انسان نگاشته می‌شود. انسان قادر به درک حقیقت هست اما این شناخت از طریق تجربه وارد ذهن می‌شود (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص. ۲۸۵)؛ اما به‌عکس، در دیدگاه اصالت عقل، اصول معرفت حقیقی در ذهن انسان مفطور است و فقط از طریق تجربه به فعلیت می‌رسد. ذهن هم فاعل شناخت است و هم منبع شناخت است یعنی شناخت حقیقت را از درون خود برمی‌آورد (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص. ۲۸۵). بخشی از این مبانی فطری، اصول عقلانی چون اصل این‌همانی و اصل تناقض و بخش دیگری از آن مقولات منطقی چون کمیت، کیفیت و... است.

حال بایستی رویکرد مونتسکیو را در این خصوص تبیین کرد. فیلسوفان قرن هجدهم فرانسه متأثر از تجربه‌گرایی متفکران انگلیسی چون لاک و نیوتون بودند. در

قرن هجدهم میلادی، رویکرد معرفت‌شناسی اصالت تجربه قدرت زیادی پیدا کرد و نظریه تصورات فطری تضعیف شد. براین اساس فرد انسانی به منزله میراثی نیست که پیش از تجربه به انسان ارزانی شده باشد، بلکه به منزله امر اکتسابی است که بایستی از طریق مشاهده و تجربه شناخته شود. عقل فارغ از یاری حس و تجربه و صرفاً از طریق برهان نمی‌توانست به حقیقتی دست یابد. مونتسکیو در همین چارچوب تلاش کرد در شناخت پدیده‌های اجتماعی، بر خلاف فیلسوفی چون ارسطو، قانون را با همان نگرش خاص تجربی مورد مطالعه قرار دهد. وی کوشید قانون را نه از طریق شناخت پیشینی بلکه از طریق مراجعه به خود پدیده‌ها در جامعه مطالعه نماید. به همین خاطر برخی (جونز، ۱۳۸۳، ج ۲، ص. ۲۸۹) معتقدند خدمت اصلی به علوم اجتماعی، روش تحقیق او بوده است.

البته در عصر روشنگری فرانسه، علی‌رغم رویکرد تجربی، نوعی از عقل‌گرایی خود را نشان می‌دهد. به کار گرفتن عقل در نظر متفکران قرن هجدهم به معنی ساختن نظام‌های بزرگ مستخرج از مفاهیم لدنی یا اصول اولیه بدیهی نبود و از این جهت آنها به مابعدالطبیعه نظری قرن هفدهم پشت کردند. آنها اعتقاد راسخ داشتند که طریق درست تحقیق، مراجعه به خود پدیده‌ها و توسل به مشاهده به‌منظور به پی بردن به قوانین آنهاست. اما این بدان معنا نیست که آنها هیچ کاری به «ترکیب^۵» نداشتند و صرفاً متفکرانی تحلیل‌گر بودند که توجه خود را به مسائل جزئی مختلف معطوف می‌داشتند (کاپلستون، ۱۳۸۹، ج ۶، صص. ۱۷-۱۸). مابعدالطبیعه عقلانی از دیدگاه آنان، ترکیب نتایج حاصل از علوم تجربی است همین جمع بین تحلیل و ترکیب را در مونتسکیو نیز می‌توان مشاهده کرد. گرچه در رویکرد تحلیلی، مونتسکیو شناخت خود را بر مشاهده مبتنی می‌کند اما در کنار آن با رویکردی ترکیبی، تلاش می‌کند وابستگی و ارتباط میان پدیده‌ها را آشکار کرده و از این طریق پدیده‌های متکثر اجتماعی را در قالب یک نظام مطرح سازد.

از جهت تکیه به استقراء^۶ و یا قیاس^۷ بین دو جریان اصالت تجربه و اصالت عقل تفاوت وجود دارد. در اصالت تجربه، به جای روش استدلال بیشتر به شیوه‌های مشاهده و جمع‌آوری اطلاعات پراکنده یا همان استقراء توجه دارند، درحالی‌که اصالت

عقل بیشتر قیاسی است (صانعی دره‌بیدی، ۱۳۸۴، ص. ۲۹۸). استقراء برعکس قیاس، از مشاهدات خاصی آغاز می‌شود و تعمیم‌های تجربی بر اساس این مشاهدات صورت می‌گیرند (مارشال، ۱۳۸۸، ص. ۵۴۶). یکی از تفاوت‌های استفاده از قیاس در دوره جدید با قبل از آن در این است که قیاس جدید مبتنی بر ترکیب عناصر مبتنی بر مشاهده است و نه قیاس مبتنی بر گزاره‌های عقلانی. به تعبیر دورکیم، در دوره جدید، قیاس تنها یک نقش ثانوی ایفا می‌کند و ایده‌هایی را پیشنهاد می‌کند که عالم را در میان ابهامات تجربه راهنمایی می‌کند، اما اگر این ایده‌ها با مشاهده تأیید نشوند، ما نمی‌توانیم قضاوت کنیم که آنها مطابق واقع هستند یا خیر (Durkheim, 1960, p. 50).

مونتسکیو در تحلیل قوانین گرچه با مشاهده آغاز می‌کند اما تلاش می‌کند تا با مفاهیمی که از این طریق به دست می‌آورد، یک کلیت معنایی برقرار کند. این کلیت معنایی ممکن است در هیچ شکل اجتماعی به صورت کامل متبلور نشده باشد اما او آن را لازمه شکل مدنظر می‌داند. در استقراء اگر مصادیق مشاهده شده از تنوع و کثرت قابل قبولی برخوردار باشد، می‌تواند نتیجه‌ای احتمالی به ارمغان بیاورد. اما گاه مونتسکیو صرفاً با تکیه بر یک مشاهده اقدام به نتیجه‌گیری می‌کند. بر همین اساس، در پژوهش‌های مونتسکیو اگرچه قیاس با تجربه تصدیق می‌شود، اما قیاس نقش بیشتری نسبت به شواهد علمی ایفا می‌کند. گاه حتی قیاس بر تجربه پیشی می‌گیرد و نتیجه‌ای بر خلاف مشاهده استنباط می‌شود. در همین چارچوب، مونتسکیو برخی نهادهای موجود در جوامع را برای آنها نامناسب می‌داند. مثلاً، او از حکومت‌های استبدادی بیزار است و این نوع حکومت‌ها را با ذات انسان و جامعه منطقیاً در تضاد می‌داند، گرچه کارکردهایی برای آن در جوامع قائل است.

۲. قانون، امری «اجتماعی»

متفکران غرب در تحلیل پدیده‌های اجتماعی دو رویکرد متفاوت در پیش گرفته‌اند: در رویکرد نخست، پدیده‌های اجتماعی با ارجاع به فرد مورد تحلیل قرار می‌گیرد. مکتب‌های زیستی و روان‌شناختی نماینده چنین دیدگاهی هستند. در رویکرد دوم، پدیده‌های اجتماعی با ارجاع به جامعه مورد تفسیر قرار می‌گیرد. مکتب جامعه‌شناختی نماینده چنین دیدگاهی است. مکتب جامعه‌شناختی بر این عقیده است که جامعه،

وجودی مستقل و منطقی درونی دارد و تمام پدیده‌های اجتماعی از آن ناشی می‌شود. رویکردهای طرفدار مکتب زیستی و روان‌شناختی را بیشتر در متفکران انگلیسی و رویکردهای طرفدار مکتب اجتماعی را بیشتر در متفکران فرانسوی می‌توان دید؛ به‌عنوان مثال، جرمی بنتام از متفکران بنام انگلیسی، معتقد است که جامعه چیزی نیست جز مجموعه افراد و همین امر سبب شده است که او چنین بیندارد که منافع فرد و جامعه همیشه در یک جهت حرکت می‌کند (لنکستر، ۱۳۸۳، ج ۳، صص. ۱۲۲-۱۲۳). درحالی‌که در رویکردهای فرانسوی چون رویکرد آگوست کنت و دورکیم، پدیده‌های اجتماعی زاده اراده آدمی دانسته نمی‌شود بلکه از نظر آنان، پدیده اجتماعی خود، اراده ما را در بیرون محدود می‌کند (ریتزر، ۱۳۷۴، ص. ۵۵).

برای اولین بار، دورکیم در کتاب «قواعد روش جامعه‌شناسی» به معرفی ویژگی‌های «امر اجتماعی» به‌عنوان موضوع علم اجتماعی می‌پردازد (طالب‌زاده و دیگران، ۱۳۹۸، ص. ۲۵۸)، گرچه پیش از دورکیم، مونتسکیو بر پایه قبول امر اجتماعی، به تحلیل پدیده‌های اجتماعی پرداخته بود. دورکیم معتقد است پدیده‌های اجتماعی طبیعتی جز طبیعت انسان‌ها دارند و لذا می‌توانند شعورهای فردی را از بیرون زیر فشار قرار دهند (دورکیم، ۱۳۶۸، ص. ۱۲۸). دورکیم جامعه‌شناسی فردگرایانه را برای کوششی که در تبیین کل از راه تزیل آن به اجزایش دارد، تقصیرکار می‌داند و معتقد است «کل است که در مقیاسی جزء را به‌وجود می‌آورد» (کاپلستون، ۱۳۸۸، ج ۹، ص. ۱۴۶). برای نمونه او در مطالعه خویش در باب خودکشی بر این باور است که خودکشی تنها به روش جامعه‌شناختی و بر اساس گرایش‌های جمعی موجود در جامعه قابل تبیین است و نه بر حسب گزینش‌های فردگرایانه یا عوامل روانی (دورکیم، ۱۳۷۸، ص. ۳۶۲). باین حال، دورکیم در قبول امر اجتماعی از مونتسکیو تأثیر پذیرفته است (کوزر، ۱۳۸۹، ص. ۲۱۲). یکی از نقاط تمرکز دورکیم در خصوص اندیشه‌های مونتسکیو در کتاب «مونتسکیو و روسو»، همین توجه به امر اجتماعی از سوی اوست. مونتسکیو مشاهده کرد که همه عناصر اجتماعی از جمله قوانین، یک کل را تشکیل می‌دهند و اگر آنها به‌طور جداگانه در نظر گرفته شوند، قابل فهم نیستند. قوانین یک کشور را نه در سایه اراده فردی قانون‌گذار، بلکه در بستر ویژگی‌های اجتماعی آن بایستی مطالعه شود.

یکی از مبانی مهم در نظر گرفتن قانون، به‌عنوان امری «اجتماعی»، در اندیشه مونتسکیو را بایستی در مبانی هستی‌شناسی او و تغییر معنای طبیعت در دوران مدرن دنبال کرد. طبیعت در رویکرد سنتی، واقعیتی تغییرناپذیر است که انسان باید آن را بشناسد و خود را با آن تطبیق دهد. همه اشیای طبیعت دارای وجه معقولی هستند و همواره سطح محسوس اشیاء تابع سطح معقول آنهاست و این نسبت میان محسوس و معقول، ضامن نظم طبیعت است. اما در دوره مدرن وجه معقول اشیاء انکار شد و این باور به‌وجود آمد که این انسان است که به اشیاء عالم نظم می‌دهد. تحت‌تأثیر سوپژکتیویته^۸ وجه معقول اشیاء انکار می‌شود و «من متفکر» جایگزین آن می‌شود. کانت تجدد را عین سوپژکتیویته می‌داند (داوری اردکانی، ۱۳۸۶، ص. ۳۰۳). سوپژکتیویته به دگرگونی معنایی بنیادین ذیل نسبت انسان و جهان اشاره دارد؛ نسبتی که در آن انسان خود را محور عالم دانسته و تمامی اجزای عالم باید تحت ربوبیت او قرار گیرند. زمینه فرهنگی و تمدنی این تغییر نسبت، از رنسانس آغاز شد. زمینه فلسفی آن از زمان دکارت در فلسفه غرب نمودار شد تا اینکه در فلسفه کانت به کامل‌ترین وجه پدیدار گشت (برای مطالعه بیشتر ر.ک: داوری اردکانی، ۱۳۷۳، ص. ۱۹۶؛ داوری اردکانی، ۱۳۷۴، ص. ۱۳۳ و موسوی اصل، ۱۳۹۷، صص. ۶۴-۶۵). کانت سوپژکتیویته را علاوه بر عقل نظری، در عقل عملی نیز مطرح می‌کند. در اندیشه او، قانون عقل عملی کاملاً خودبسنده و مستقل از غیر خود است: «عقل به‌خودی‌خود و مستقل از هر گونه تجربه، حکم می‌کند که چه کارهایی باید انجام گیرد» (Kant, 2006, p. 20). کانت معتقد است قانون عقل عملی، نه یک یافته تجربی، بلکه یافته منحصر عقل محض است که به موجب آن، عقل محض خویش را بسان چیزی اصالتاً قانون‌گذار، ابراز می‌کند (Kant, 1909, p. 120) و برای مطالعه در خصوص سوپژکتیویته کانت ر.ک: موسوی اصل، ۱۳۹۷).

بدین ترتیب، حیث طبیعی و نظم درونی اشیاء نفی، و انسان به‌عنوان عامل نظم‌دهنده به طبیعت معرفی می‌شود. طبیعت، بستری ثابت که انسان در چارچوب آن هویت خود را پیدا می‌کند نیست، بلکه طبیعت به‌مثابه ابژه بی‌جان، سوژه انسان مدرن می‌شود و به‌وسیله انسان در جامعه ساخته می‌شود. این جامعه قراردادی، جایگزین طبیعت به معنای سنتی آن می‌شود. در همین چارچوب، مونتسکیو قانون طبیعی را که نشانگر وجود حیثی طبیعی برای انسان است تنها به روابطی اطلاق می‌کند که میان افراد قبل و

خارج از اجتماعات سیاسی وجود دارد (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۸۷). وی واژه طبیعی را تنها برای قوانین زندگی فردی به کار می‌برد. در نظر او، طبیعت با فرد به پایان می‌رسد. او به مانند هابز و روسو بر این اندیشه است که جامعه به طبیعت اضافه می‌شود (ن.ک: جاویدی، ۱۳۹۹، صص. ۶۹۶-۶۹۸؛ جاویدی، ۱۳۹۸، ص. ۴۳ و جاویدی، ۱۴۰۰). او بین وضع طبیعی و وضع اجتماعی قائل به تفکیک می‌شود. در وضع طبیعی، قانون طبیعی حکمفرماست اما در وضع اجتماعی، قانون مدنی و سیاسی حاکمیت دارد. به تعبیر دورکیم، این قوانین اجتماعی شامل حقوق ملل، قانون مدنی و قانون سیاسی، بر خلاف قانون طبیعی، ناشی از ماهیت جوامع هستند نه ماهیت انسان (Durkheim, 1960, pp. 19-20). این قوانین تجلی بخش اراده خودتعیین بخش انسانی برای اداره اجتماع هستند. از دیدگاه او، انسان و اجتماع بایستی تحت اراده خود اداره شود: «از آنجایی که در یک دولت آزاد هر فردی روح آزادی دارد و باید تحت اراده خویش باشد هیئت اجتماع توده هم بایستی دارای قوه‌ای باشد که آن قوه با اظهار اراده خود به نام قانون بر جامعه حکومت کند» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۳۰۰). در اجتماع خودآیینی بشر در قالب قوانین متجلی می‌شود. انسان به وسیله قانون متکی به خود، اراده خود را متعین می‌سازد. جامعه باید از اراده خود پیروی کند و قانون تجلی پیروی از اراده خود است. از نظر مونتسکیو در مردم‌سالاری که شکل آرمانی حکومت است، ملت از یک لحاظ فرمانروا و از لحاظ دیگری فرمانبردار است. ملت نمی‌تواند فرمانروا باشد مگر به وسیله آراء خودش که عبارت از اراده او می‌باشد. پس اراده ملت، خود ملت است (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۹۴). در همین چارچوب، در نگاه مونتسکیو، افراد انسانی چون در جوامع مختلف زندگی می‌کنند و این جوامع خصوصیات مختلفی دارند قوانین حاکم بر آنها نیز تابع آن خصوصیات است و لذا از جامعه‌ای به جامعه دیگر متفاوت است؛ بنابراین قانون به‌عنوان یک پدیده اجتماعی، خود زاییده نظام اندام‌واره‌ای اجتماع است.

براین اساس، موضوع مطالعه مونتسکیو در کتاب روح‌القوانین، «انسان» نیست بلکه، موضوع مطالعه او «شئون و مناسبات میان انسان‌ها» است که در جامعه ساخته و پرداخته می‌شود و قانون در بستر همین مناسبات انسانی تحلیل می‌شود. در دوره پیش از مدرن در چارچوب رویکرد سنتی، سخن از چیستی انسان، مبدأ و غایت اوست؛ اما در

چارچوب رویکرد جدید، انسان حقیقت تعریف شده‌ای ندارد که بر اساس آن عمل کند، لذا پاسخ به چنین سؤالاتی برای مونتسکیو اهمیتی ندارد. موضوع علوم اجتماعی مطالعه درباره کنش‌های اجتماعی انسان است. برخی از انسان‌شناسی^۹ به این معنا به «انسان‌کنش‌شناسی» یاد کرده‌اند (حسنی و موسوی، ۱۳۹۵، صص. ۱۳-۱۴). لذا عملاً پرسش از حقیقت کنار گذاشته می‌شود و آنچه حقیقت است به آنچه حقیقت پنداشته می‌شود تقلیل پیدا می‌کند (تریگ، ۱۳۸۶، ص. ۳۸).

۳. روابط علی حاکم بر قانون به مثابه امری اجتماعی

مونتسکیو به دنبال کشف قانونمندی‌های حاکم بر پدیده‌های اجتماعی از جمله قوانین از طریق استنباط وحدت زیربنایی آنهاست. او در این خصوص چنین می‌نویسد: «من نخست آدمیان را مورد مطالعه قرار دادم و سرانجام به این عقیده رسیدم که رهنمون آنها در این گوناگونی بی‌نهایت قوانین و آداب و رسوم، تنها هوی و هوس نبوده است. اصولی بنیاد نهادم و دیدم که موارد جزئی، گویی خودبه‌خود از این اصول پیروی می‌کنند و تاریخ همه ملت‌ها تنها پیامدهای این اصول است» (کاپلستون، ۱۳۸۹، ج ۶، ص. ۲۴). او در ابتدای کتاب خود برای اثبات قانونمندی موجود در عالم، وجود هر گونه قضاو قدر کور در عالم هستی را نفی می‌کند و بر قانونمندی روابط بین موجودات عالم تأکید می‌کند (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۸۳). در نگاه مونتسکیو، پدیده‌های اجتماعی و به‌صورت خاص «قوانین» وضع شده توسط قانون‌گذار، صرفاً انبوهه‌ای از امور بی‌ارتباط با یکدیگر نیست. او قانون پارلمانی را شرح منظم اصول اجتماع می‌داند و تلاش می‌کند بین اصول اجتماع و قوانین مصوب، ارتباط برقرار کند. او مجموعه وابستگی متقابل و ارتباط‌های موجود بین قانون به‌عنوان پدیده‌ای اجتماعی با عوامل مختلفی چون ماهیت حکومت، شرایط جغرافیایی و اقتصادی، خلق و خوی مردم و... را «روح قانون» می‌نامد و تلاش می‌کند علی‌رغم پراکندگی قوانین به دلیل وجود جوامع مختلف، آنها را به تعداد معدودی اصول تحویل کند.

مونتسکیو در پاسخ به این سؤال که چرا هر ملتی دارای یک سلسله قوانین مختص به‌خود است بر دو دسته از عوامل متمرکز می‌شود: یکی علل جغرافیایی چون ویژگی‌های آب و هوایی، مشخصات سرزمین، میزان تراکم جمعیت، وسعت خاک و دیگری علل

اجتماعی چون نوع حکومت، مذهب، آداب و رسوم، اقتصاد، تجارت و سلوک فکری (مونتهسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۴۸۸). در بین عوامل مختلفی که مونتهسکیو برای بیان قانونمندی‌های حاکم بر اجتماع بیان کرده شیوه اداره جامعه، نقش محوری دارد. او سه نوع حکومت را از یکدیگر متمایز کرد: جمهوری (شامل آریستوکراسی و دموکراسی)، پادشاهی و استبداد. به عقیده او، طبیعت حکومت جمهوری آن است که تمام ملت یا بعضی خانواده‌ها زمام امور را به دست داشته باشند. طبیعت حکومت مشروطه آن است که پادشاه امور کشور را مطابق قوانین معین اداره کند. طبیعت حکومت استبدادی آن است که یک نفر مطابق اراده و هوس خود فرمانروا باشد. بر همین اساس مونتهسکیو وجود تقوی به معنای میهن‌پرستی و حب مساوات را در جوامع جمهوری بیش از جوامع مشروطه یا استبدادی لازم می‌داند (مونتهسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۰۹). او همچنین بر این باور است که شرافت به معنای شرافت عمومی و ملی، محدودکننده قدرت در حکومت‌های مشروطه است (مونتهسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۲۴). به عقیده او، طبیعت حکومت استبدادی مبتنی بر ترس است، چراکه در آن ترس محرک حکومت است (مونتهسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۱۹). در دیدگاه مونتهسکیو، قوانین در سه نوع حکومت جمهوری، پادشاهی و استبدادی یکسان نیست؛ به‌عنوان نمونه، او شدت مجازات‌ها را ویژگی حکومت‌های استبدادی می‌داند که اساس آن مبتنی بر ترس و وحشت است؛ اما در حکومت‌های مشروطه و جمهوری که بر پایه شرافت و تقوا برقرار شده شدت مجازات‌ها را مناسب نمی‌داند، بلکه حب وطن و خجالت از سرزنش را، عوامل مانع از وقوع جنایات در این جوامع می‌داند (مونتهسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۱۹۷-۱۹۸).

به‌لحاظ مبنایی، آنچه زمینه قبول روابط علی حاکم بر قوانین در اجتماع را فراهم می‌کند طبیعی‌گرایی معرفت‌شناختی است. در برهه‌ای از زمان علوم اجتماعی مستقل از علوم طبیعی وجود داشته‌اند؛ بدین معنا که موضوع، مسائل و روش مطالعه پدیدارهای اجتماعی بدون توجه به علوم طبیعی تعیین می‌شده است. این وضعیت تا قبل از ظهور علم جدید بوده است. معمولاً ظهور دیدگاه جدید به قرن نوزدهم نسبت داده می‌شود. اما این دیدگاه ابتدا در نتیجه انقلاب علمی که عمدتاً در قرن هفدهم و توسط دانشمندان بزرگی چون گالیله و نیوتن رخ داد، عمومیت یافت و تحت‌تأثیر

موفقیت‌های «آزمایشگران» بزرگی چون گالیله، عده‌ای بر آن شدند که تجربه را هر چه بیشتر به منزله منبع معرفت محسوب کنند (چالمرز، ۱۳۹۰، ص. ۱۳). موفقیت علوم طبیعی به اندازه‌ای رسید که سایر معارف شروع به تقلید از آن کردند. فیلسوفی چون کانت، با مفروض گرفتن صدق مکانیک نیوتنی فلسفه خود را تدوین کرد و هیوم نیز به اثبات علوم جدید و رد دیگر معارف پرداخت. «رساله درباره طبیعت انسان»^{۱۱} هیوم، عنوان فرعی «کوششی در گنجاندن روش تجربی در موضوعات اخلاقی»^{۱۲} را گرفت. هلوسیوس نیز بر آن شد که «می‌بایست اخلاقیات را به صورت چیزی چون فیزیک تجربی درآوریم» (کالینیکوس، ۱۳۸۵، ص. ۴۱). درهرحال، برتری یافتن علم، این اندیشه را در میان عالمان اجتماعی به وجود آورد که با استفاده از روش موجود در علوم طبیعی، می‌توان موضوعات اجتماعی را مورد مطالعه قرار داد و به همان اعتبار علوم طبیعی دست یافت. از این امر به طبیعی‌گرایی^{۱۳} یاد می‌شود. روابط علی موجود در علوم طبیعی، در علوم اجتماعی نیز وجود دارند. متغیرهای موجود در علوم اجتماعی چون ماهیت قوانین، بزهکاری نوجوانان، طبقه متوسط و... همانند متغیرهای علوم طبیعی چون ملکول‌ها، اتم‌ها و عناصر، در جهان خارج وجود دارند و هر دو متغیر صلاحیت مطالعه علمی را دارند.

مونتسکیو نیز با الگوگیری از روش موجود در علوم طبیعی، رویکرد جدید تجربه‌گرایی را که نتیجه طبیعی‌گرایی بود در نظریه اجتماعی خود به کار گرفت و تلاش کرد قانونمندی‌های حاکم بر جوامع را نشان داده و پیوند بین قانون با شرایط مختلف جغرافیایی و اجتماعی را آشکار سازد. مونتسکیو به صراحت قانون عمل و عکس‌العمل در حرکات فیزیکی را به تناسب قوانین با اصول حکومت تسری می‌دهد: «تناسب قوانین با اصول حکومت تمام اساس حکومت را محکم می‌کند و این اصول به نوبت خود از آن نیروی جدیدی دریافت می‌نماید. بدین ترتیب دیده می‌شود همان‌طور که در حرکات فیزیکی دنبال هر عمل همیشه عکس‌العملی وجود دارد در این مورد هم این جریان حکم‌فرماست» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۴۲). البته در اندیشه متفکری چون مونتسکیو، علم می‌توانست با معتقدات الهی و با تفکر مابعدالطبیعی زندگی مسالمت‌آمیز داشته باشد. در قرن نوزدهم و بیستم میلادی بود که معتقدات الهی و تفکر مابعدالطبیعی جای خود را به شناخت پوزیتیویستی داد. مونتسکیو به صراحت

قانونمندی تمامی اجزاء عالم از جمله پدیده‌های انسانی را به مانند پدیده‌های طبیعی تأکید می‌کند: «قوانین به معنای اعم عبارت از روابط لازم و تأثیرات و نتایج مستقیمی هستند که از طبیعت موجودات حاصل می‌گردند و به این معنی تمام موجودات برای خود قوانینی دارند. الوهیت، عقول عالیه بشری، دنیای مادی، انسان، جانوران، هر یک قوانینی مربوط به خود دارند که از طبیعت آنها حاصل شده و با آن قوانین زیست می‌کنند» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۸۳). او که متفکر عصر روشنگری است به دنبال آن است که با توجه به پیشرفت علم مدرن، نظم جدیدی در زندگی اجتماعی انسان به وجود آورد. در چارچوب نگاه جدیدی که مونتسکیو آن را دنبال می‌کند «همان‌گونه که گیاه‌شناس تغییرات یک بوته گل سرخ، یا یک درخت بلوط را در شرایط محیطی گوناگون پژوهش می‌کند، می‌توان هر فرد و گروهی را در سیر دگرگونی‌هایش مورد تحقیق قرار داد» (جونز، ۱۳۸۳، ج ۲، صص. ۲۸۹-۲۹۰). همچنان‌که در پدیده‌های طبیعی، علی‌رغم تکثر، نظم واقعی می‌توان یافت، در زمینه رفتار انسان‌ها نیز می‌توان چنین رابطه‌ای را نشان داد. الگوهای مختلف رفتار انسان‌ها که در قانون متبلور می‌شود با بازگشت به محیط جغرافیایی و محیط اجتماعی قابل تبیین است. بعدها در قرن نوزدهم در راستای همین طبیعی‌گرایی، آگوست کنت علم اجتماعی را «فیزیک اجتماعی» خواند و دورکیم نیز تأکید کرد که باید پدیده‌های اجتماعی را در حکم اشیاء واقعی در نظر گرفت و آنها را درست به همان نحوی که پدیده‌های طبیعی کشف می‌شوند کشف کرد.

نکته قابل ذکر آن است که طبیعی‌گرایی مونتسکیو، طبیعی‌گرایی هستی‌شناسانه^{۱۳} نیست. طبیعی‌گرایی هستی‌شناسانه بر تشابه پدیدارهای علوم اجتماعی و پدیدارهای علوم طبیعی تأکید می‌ورزد و انسان، روابط اجتماعی‌اش را اساساً با نظمی که در طبیعت وجود دارد مشابه در نظر می‌گیرد (عبداللهی آرانی، ۱۳۸۵، ص. ۳۰)؛ بر همین اساس، در سده هفدهم، مفهوم طبیعت، دو جهان فیزیکی و جهان اخلاقی را به هم پیوند می‌داد و یک جهان واقعی را تشکیل می‌داد که گرانیگاه آن در خودش بود (کاسیرر، ۱۳۸۲، ص. ۳۷۶). به‌لحاظ هستی‌شناسی، یک تفاوت اساسی بین پدیده‌های مادی و پدیده‌های اجتماعی از جمله قانون وجود دارد. در پدیده‌های مادی ثبات وجود دارد و همین ثبات امکان استنباط

قوانین از آن را فراهم می‌کند؛ اما ویژگی انسان، وجود اختیار در او و عدم ثبات در رفتارهای او است. علم نیوتنی موجب پذیرش موجیبت علی^{۱۴} شد و عدم تبیین صحیح از موجیبت علی موجب نفی اختیار انسانی شد (برای مطالعه در این خصوص ر.ک: استیس، ۱۳۷۷، صص. ۲۰۲-۲۰۵ و کاپلستون، ۱۳۹۰، ج ۴، ص. ۲۳). مونتسکیو گرچه به صراحت به اختیار انسانی اشاره نمی‌کند اما به صورت غیرمستقیم از خلال عبارات او می‌توان اعتقاد او به وجود اختیار در انسان‌ها را استنباط کرد. به عقیده مونتسکیو تفاوتی اساسی بین قوانین طبیعت با قوانین بشری وجود دارد و این تفاوت همان تغییرناپذیری قوانین طبیعت در مقابل عدم ثبات قوانین بشری است: «موجودات خاص باشعور به حکم طبیعت خود محدود و در نتیجه جایز الخطا می‌باشند و از طرف دیگر، بالطبع به خودی خود اقدام می‌نمایند پس پیوسته تابع قوانین اولیه نیستند و حتی قوانینی هم که خودشان به خودشان می‌دهند آنها را نیز همیشه مراعات نمی‌کنند» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۸۵-۸۶). دشواری تحلیل روابط علی حاکم بر قانون آنجا آشکار می‌شود که انسان گاه خود از قوانینی که توسط خودش وضع شده است تجاوز می‌کند و این امر تحلیل نسبت بین ضرورت و اختیار انسانی را دشوار می‌سازد.

در نگاه مونتسکیو قواعد قانون لزوماً از ماهیت جوامع پیروی نمی‌کنند، چراکه آنها در عمق واقعیت پنهان می‌مانند، مگر اینکه برخی از قانون‌گذاران آنها را تشخیص داده و روشن سازند؛ لذا او برای جوامع انسانی نوعی از توانایی برای عدول از ماهیت خود و یک عنصر احتمال در نظر می‌گیرد که به نظر می‌رسد در نگاه اول با موجودیت یک نظم مقرر ناسازگار است. مونتسکیو ذکر احتمال در علم اجتماعی را به جهت تأکید بر اصل آزادی انسان مطرح نکرده است چراکه کار مونتسکیو هیچ جنبه متافیزیکی ندارد، بلکه اصل احتمال را به عنوان توضیح منشأ خطا پذیرفته است. او معتقد است که پیوندی منطقی بین ماهیت یک چیز و شکل بهنجار آن وجود دارد. شکل بهنجار یک چیز در ضمن ماهیت آن قرار دارد. اگر این درست باشد که جوامع هیچ‌گاه از ماهیت خود منحرف نمی‌شوند، آنها همان چیزی هستند که باید باشند. اما زندگی اجتماعی در بسیاری موارد ناقص است. آنها قوانین ناعادلانه و نهادهای معیوبی هستند که از اشتباهات قانون‌گذاران نشئت می‌گیرند (Durkheim, 1960, pp. 44-45).

حال سؤال این جاست که اگر قانون‌گذار می‌تواند زندگی اجتماعی را آن‌گونه که خود

می‌خواهد سامان دهد نقش علم اجتماعی چه خواهد بود؟ به عبارت دیگر، چگونه باید نسبت بین ضرورت در پدیده‌های اجتماعی و اختیار در انسان را توجیه کرد؟ مونتسکیو به صراحت به این موضوع نپرداخته است. اما او در تحلیل «قانون» به عنوان پدیده‌ای اجتماعی تلاش می‌کند نشان دهد بین اراده قانون‌گذار و تبعیت قانون‌گذار از شرایط محیط اجتماعی منافاتی وجود ندارد. قانون تابع شرایط اجتماعی است و لذا در شرایط اجتماعی معین، نوع خاصی از قانون مناسب است. اما تشخیص این شرایط اجتماعی و قوانین مناسب آن توسط قانون‌گذار که قاعدتاً به ماهیت جوامع آشناست صورت می‌گیرد؛ بنابراین قانون‌گذار علت مولد قوانین نیست بلکه تنها کاشف آنها و ابزار اعلام آنهاست.

۴. تقدم نظریه قانون بر مشاهده روابط اجتماعی

تحت تأثیر سوپژکتیویته، یکی از ویژگی‌های نظریه اجتماعی مدرن که شواهدی از آن را در نظریه مونتسکیو نیز می‌توان یافت «ماتهماتیکال» بودن آن است. ریشه کلمه «ماتهماتیکال»، عبارت *ta mathemata* است. ماتهماتیکال چیزی است «درباره» اشیا که واقعاً از قبل می‌دانیم (طالب‌زاده، ۱۳۸۴، صص. ۵۸-۶۰). در مقابل آن، *ta physica* است به معنای «موجودات از آن حیث که بروز می‌کنند». دانشمند پیش از دوران مدرن مستقیماً به عالم خارج مراجعه می‌کند و سعی می‌کند که قانون حاکم بر آن را کشف کند؛ اما رجوع علم مدرن به عالم خارج به واسطه طرحی است که از قبل در اندیشه دانشمند وجود دارد. تجربه هم به معنای رجوع به عالم خارج بر اساس همین طرح پیشینی و انتظار پاسخ متناسب با این طرح از جهان است. این تغییر نگرش، در چارچوب قانون اول حرکت نیوتون شکل می‌گیرد. بنابراین طرح ماتهماتیکال عبارست از: از پیش معین کردن اشیا و اجسام. در این رویکرد اجسام توسط انسان انشاء می‌شود.

جنبه ماتهماتیکال در فلسفه کانت، تبیین فلسفی می‌شود. کانت در مقدمه نقد عقل محض معتقد است آزمایش‌های جدید در جهان علم با لحاظ کردن «طرح پیشینی»، تحولی بنیادین برای همه دانشمندان علوم طبیعی بود. کانت این تحول بنیادین را فهم این نکته می‌داند که «عقل فقط آن چیزی را می‌بیند که خود مطابق با طرح خود ایجاد کند» (Kant, 1985, p. 14). به نقل از موسوی اصل، ۱۳۹۷، ص. ۶۵. در این رویکرد ضرورت ارتباط بین پدیده‌ها، نزد عالم تعیین می‌شود و سپس در تجربه آزمایش

می‌شود. بنابراین تجربه جدید با طبیعت ارتباطی ندارد، بلکه در محدوده طرح اندیشمند، صورت می‌گیرد. براین اساس، گرچه پیش از دوران مدرن نیز از تجربه استفاده می‌شده است اما تجربه قدیم و جدید دارای تفاوتی اساسی هستند. به تعبیر هایدگر، «آزمایش به معنای جدید با وضع و تأسیس یک قانون آغاز می‌شود. ترتیب دادن یک آزمایش به معنای فرض وجود شرایطی است که تحت آن شرایط، رشته خاصی از حرکات قابلیت می‌یابد تا در جریان ضروری خود تحت نظارت قرار گیرد، یعنی از طریق محاسبه قبلی از آن مراقبت به عمل آید» (هایدگر، ۱۳۷۹، ص. ۱۴۳).

تقدم نظریه بر مشاهده و تلاش برای اثبات امر پیشنی مدنظر را در قرن هجدهم میلادی در نظریه مونتسکیو و تحلیل قوانین جوامع مختلف نیز می‌توان مشاهده کرد. مونتسکیو در بسیاری موارد در تحلیل قوانین، مستقیماً به واقعیت‌های اجتماعی مدنظر خود مراجعه نمی‌کند. بلکه او ایده‌هایی را در ذهن دارد و تلاش می‌کند از طریق قیاس، آنها را اثبات کند. او فرضیه‌هایی را در خصوص قوانین حاکم بر جوامع مختلف در اندیشه خود پرورده و تلاش می‌کند واقعیت‌هایی را مطرح کند که فرضیه او را اثبات می‌کند. او برای اثبات رابطه علیت بین پدیده‌های اجتماعی و قوانین حاکم بر جوامع، زحمت چندانی به خود نمی‌دهد بلکه مثال‌هایی را طرح می‌کند که مطابق قانون فرضی او است؛ به‌عنوان مثال از دیدگاه او آب و هوا در شکل گرفتن خلق و خو و عواطف یک ملت مؤثر است. شاهد او آن است که خلق و خوی انگلیسیان با خلق و خوی سیسیلیان متفاوت است (کاپلستون، ۱۳۸۹، ج ۶، صص. ۲۵-۲۶)؛ یا به‌عنوان نمونه‌ای دیگر، از دیدگاه او مجازات را باید زمانی وضع کرد که موضوع جلوگیری از جرم در بین باشد. برای تغییر دادن آداب و رسوم بهترین وسیله همانا ارائه سرمشق و نمونه است. او برای اثبات این فرضیه خود به تجربه روسیه اشاره می‌کند: «در روسیه قانونی وضع شد دایر بر اینکه مردم باید ریش‌های بلند خود را بتراشند و جامه‌های خود را کوتاه کنند، این قانون در نظر روس‌ها خیلی ظالمانه جلوه کرد به خصوص آنکه پطر کبیر در مدخل شهرها پاسبان گذاشته بودند تا هر که وارد شهر می‌شود جامه‌اش را تا زانو قطع نمایند و کوتاه کنند و حتی پطر کبیر برای کسانی که ریش خود را نمی‌تراشند مجازات وضع کرده بود» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۴۹۵) یا شاهدهی دیگر آنکه، اگرچه او تفکیک قوا را تنها در انگلستان یافته است، اما آن را ویژگی اصلی نظام پادشاهی معرفی می‌کند.

۵. نسبت قانون و جدایی آن از ارزش، به تبع رویکرد توصیفی علم اجتماعی

اساساً علم اجتماعی در معنای سنتی آن، پیش از دوران مدرن وجود داشت و زیرمجموعه حکمت عملی قرار می‌گرفت. حکما و فیلسوفان، عقل را به دو شعبه کلی عقل نظری^{۱۵} و عقل عملی^{۱۶} تقسیم می‌کنند. عقل نظری متولی «معرفت و شناخت» و عقل عملی ناظر به عمل انسان است. برخی معتقدند که عقل نظری خود به دو بخش «حکمت نظری» و «حکمت عملی» تقسیم می‌شود. حکمت نظری ناظر هستی‌هایی است که با صرف نظر از اراده انسان ایجاد می‌شود مانند طبیعت و آنچه در طبیعت است. در مقابل حکمت عملی ناظر به هستی‌هایی است که توسط اراده انسان به وسیله عقل عملی ایجاد شده است مانند رفتارهای اجتماعی انسان. ارسطو حکمت نظری را شامل الهیات، طبیعیات و ریاضیات و حکمت عملی را مشتمل بر اخلاق، تدبیر منزل و سیاست مدن می‌دانست.

در نزد قدما حکمت عملی دغدغه‌ای برای قانونمندی‌سازی پدیده‌های انسانی نداشت. چراکه با باور به وجود اختیار در انسان، ثباتی بر پدیده‌های مربوط به عالم انسانی وجود نداشت و لذا پیش‌بینی، که لازمه تبیین علی بود امکان‌پذیر نبود. در این رویکرد، عالم انسانی عالم اجبار و ضرورت‌ها نیست، عالم اراده‌هاست. در عالم اجتماعیات، علم قطعی و ضروری ممکن نیست و لذا نباید دنبال آن بود (کچوئیان، ۱۳۹۵، ص. ۱۸۳). آنچه علم انسانی می‌بایست انجام می‌داد تعیین چارچوب‌هایی برای هدایت جامعه به سمت سعادت بود. براین اساس، علم اجتماعی پیش از دوران مدرن، علمی عملی بود و نه نظری و دغدغه اصلی آن توصیف وضعیت اجتماع نبود، بلکه به دنبال هدایت جامعه به سمت صحیح بود. به همین علت، علم اجتماعی توأم با داورهای ارزشی بود و ملاحظات مربوط به تعیین «فضیلت» و «سعادت» بر پایه بایدهای و نبایدهای ارزشی نقشی مهم در علم اجتماعی داشت؛ به عنوان مثال، به عقیده ارسطو، انسان توان آن را دارد که علاوه بر غریزه و عادت، بر اساس خرد نیز عمل می‌کند (ارسطو، ۱۳۹۰، ص. ۳۱۲). بخش با خرد انسان باید حاکم بر بخش بی‌خرد او باشد و چنین چیزی متناسب با طبیعت واقعی آدمی است. در دیدگاه ارسطو، طبیعت در معنای «صورت»، اهمیت فراوانی دارد. این «صورت» همان غایت و علت به معنی «آنچه شیء برای آن باید

باشد) است (ارسطو، ۱۳۷۸، ص. ۸۷). ارسطو آن غایتی را که به خاطر خودش مطلوب واقع می‌شود و هرگز وسیله برای امر دیگری نیست را سعادت 17 می‌نامد (Aristotle, 2000, pp. 10-11). او سعادت را با مفهوم فضیلت گره می‌زند و آن را چنین تعریف می‌کند: «فعالیت نفس بر اساس فضیلت^{۱۸}». اساس تبیین‌های ارسطو در قرون وسطی نیز ادامه یافت، گرچه خداوند به‌عنوان غایت انسان و خیر نهایی، نقشی مهم در مباحث آن دوره پیدا کرد و حتی مبنای تقسیم‌بندی جوامع قرار گرفت. آگوستین^{۱۹} تضاد بین خیر و شر در جوامع انسانی را در دو قالب «شهر آسمانی» و «شهر زمینی» نشان داد (برای مطالعه در خصوص اندیشه‌های آگوستین و آکوئیناس در این خصوص ر.ک: کاپلستون، ۱۳۸۷، ج ۲)؛ اما با شکل‌گیری مدرنیته، تحت‌تأثیر سوژکتیویته، تجربه‌گرایی و طبیعی‌گرایی، علم اجتماعی ادعای علمی بدون حضور ارزش‌های اخلاقی را مطرح کرد و چنین امری زمینه‌ساز رویکردی توصیفی در علم اجتماعی شد. علم اجتماعی در این دوران ادعا کرد که با دوری از جنبه‌های هنجاری و ارزشی، دغدغه‌ای برای پاسخ به پرسش بهترین نظم حاکم بر جامعه ندارد و به مانند مشاهده‌گری بی‌طرف به مطالعه اجتماع می‌پردازد. همچنان‌که یک جانورشناس، دریده شدن حیوانات کوچک توسط حیوانات درنده را می‌نگرد و توصیف می‌کند، او نیز پدیده‌های اجتماعی را توصیف می‌کند؛ بر همین اساس، دورکیم مطالعات غیرتوصیفی قدما و تعیین هنجارهای ناظر به آینده توسط آنان را «هنر^{۲۰}» می‌خواند و نه «علم^{۲۱}» (Durkheim, 1960, p. 3-4)؛ براین اساس، در دوران مدرن، دیگر ارزش‌ها - که یکی از پایه‌های اساسی قوانین را تشکیل می‌دهند - به‌عنوان اموری پیشینی که ملاک سنجش تمامی امور دیگر قرار می‌گیرند مطرح نیست؛ بلکه ارزش‌ها تبدیل به یک شیوه عمل می‌شوند که یک شخص یا یک جمع آن را به‌عنوان ارزش و یا آرمان می‌پذیرد. این ارزش‌ها و آرمان‌ها ثابت نیست بلکه در طول زمان و مکان تغییر می‌کند. ارزش اساساً در دورن جامعه تعریف می‌شود و جدای از جامعه چیزی به نام ارزش وجود ندارد. برداشت‌های اعضای جامعه در باب «درست و نادرست» کاملاً بستگی به آداب و رسوم و محیط اجتماعی و جغرافیایی دارد و در خلال فرایند جامعه‌پذیری و بدون نیاز به هیچ‌گونه تکیه‌ای بر واقعیت، شکل می‌گیرد. اساساً، «نفع کلی اجتماع، جز آنکه توسط گروهی خاص تعیین شود، هرگز به طریقی دیگر تعریف شدنی نیست» (آرون، ۱۳۷۰، ص. ۵۶۹).

چنین رویکردی را در مونتسکیو نیز می‌توان مشاهده کرد. او به جای اینکه به مانند قدما به ذکر بایدهای یک جامعه پردازد به بیان هست‌های آن پرداخت. در اندیشه مونتسکیو نظامات قانون حاصل ترکیبی از عوامل تجربی است؛ اما هیچ معیار مطلق نیست که فیلسوف با مراجعه به آن بتواند نظام‌های قانونی متفاوت را با یکدیگر بسنجد و آن‌ها را ارزیابی کند (کاپلستون، ۱۳۸۹، ج ۶، ص. ۲۶). علم تجربی مبتنی بر مشاهده و استقرا، تنها به مانند ناظری بیرونی به اجتماع می‌نگرد و آن را توصیف می‌کند. استقرا و تجربه به تنهایی توان ارزش‌گذاری در خصوص قوانین مختلف حاکم بر جوامع را ندارد، لذا نتیجه این امر نسبیّت قوانین در کشورهای مختلف است. از دیدگاه او، قوانین بایستی «تا حدی مخصوص ملتی باشد که بر حسب یک تصادف خیلی نادر بتوانند برای ملت دیگر هم تناسب داشته باشند» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۹۱)؛ براین‌اساس، او بر این اعتقاد بود که بسیاری از آداب و رسوم که متفاوت از آداب و رسوم اروپاست پایه‌های مشروعی در طبیعت ملتهایی خاص دارد؛ به‌عنوان مثال، او بر این اعتقاد بود که چندهمسری، ادیان کاذب، شکل انسانی از برده‌داری و حتی حکومت‌های استبدادی مناسب کشورها و دوره‌های معینی بوده‌اند (Durkheim, 1960, p. 16). مونتسکیو بر خلاف رویکرد سنتی، به بیان قواعد معتبر برای تمامی مردم پرداخت؛ بلکه او قواعد خود را با اقسام مختلف جوامع تطبیق داد؛ به‌عنوان مثال، از دیدگاه او، آنچه برای یک حکومت پادشاهی مناسب است برای حکومت مردم‌سالاری مناسب نیست. اساساً مطلوبیت یک شکل از حکومت به شرایط خاص زمانی و مکانی وابسته است. به‌این‌ترتیب، کتاب روح‌القوانین مونتسکیو رویکرد جدید تجربی و جامعه‌شناختی را جایگزین شیوه‌های سنتی کرد؛ گرچه گزارش‌های ارائه شده توسط او در برخی قوانین، شتابزده، عاری از دقت و همچنین نادرست بوده است.

۶. ارزش‌دآوری نسبت به برخی قوانین، به‌مثابه امری اجتماعی

چنانکه گفته شد علم تجربی مدرن حداکثر، ادعای توصیف «هست‌ها»ی اجتماعی را مطرح می‌کند، ولی به علت ادعای دوری از ارزش نمی‌تواند هیچ «توصیه» یا «باید»ی برای اجتماع و قانون‌گذار ارائه کند. ماکس وبر در این خصوص چنین می‌گوید: «یک علم تجربی هرگز نمی‌تواند به کسی بگوید که چه باید کرد و یا خواهان انجام چه

کاری باید بود، اما می‌تواند بگوید که او قادر به چه کاری است» (وبر، ۱۳۸۷، ص. ۹۲). در این رویکرد، چنین ادعا می‌شود که عالم علوم اجتماعی، یک اصلاح‌کننده اجتماعی نیست، بلکه او دانشمندی است که بایستی در خصوص فهم قانونمندی پدیده‌های اجتماعی تفکر کند.

باوجوداین، یکی از ویژگی‌های نظریه مونتسکیو آن است که وی صرفاً به رویکرد توصیفی اکتفا نکرده، بلکه گاه رویکرد هنجاری و تجویزی نیز اتخاذ کرده است. عدم اکتفا به مشاهده و تجربه و استفاده از قیاس متکی بر خرد، امکان ارزش‌داوری را برای او به وجود آورده است؛ به‌عنوان مثال، مونتسکیو پس از آنکه اصول هر نوع حکومتی را بر می‌شمرد چنین می‌گوید: «معنی آنچه گفته شد این نیست که در تمام حکومت‌های جمهوری فضیلت حکمفرماست، بلکه منظور این است که می‌بایستی چنین باشد. همچنین از بیانات گذشته ثابت نمی‌شود که در یک حکومت مشروطه شرافت حتماً موجود است یا در یک حکومت استبدادی ترس و مرعوبیت قطعاً وجود دارد؛ لیکن می‌بایستی چنین باشد، زیرا اگر غیر از این باشد حکومت ناقص خواهد بود» (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۲۴). او در هنگام ارائه تجویزهای خود نه از تجربه، بلکه از استدلال عقلی استفاده می‌کند؛ به‌عنوان مثال، مونتسکیو بعد از آنکه تعدد زوجات را به تأثیر آب‌وهوا برمی‌گرداند اما با استدلالی عقلی تعدد زوجات را نامناسب تشخیص می‌دهد چراکه به عقیده او، علاقه پدر یا مادر نسبت به فرزندان را کم می‌نماید (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۴۳۶). همچنین مونتسکیو بر استفاده از مجازات ملایم به جای مجازات‌های شدید تأکید می‌کند، چراکه به عقیده او، استفاده از مجازات‌های شدید، قوه محرکه حکومت را فرسوده می‌کند و به تدریج افکار مردم، به مجازات سخت عادت کرده و کارایی خود را از دست می‌دهد (مونتسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۲۰۰-۲۰۱). او همچنین با استفاده از استدلال‌های عقلی، برخی از وضعیت‌های نابهنجار جوامع را تشخیص می‌دهد و دخالت قانون‌گذار در اصلاح آن را روا می‌داند (مونتسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۲۰۲-۲۰۳). درواقع، رویکرد هنجاری او مربوط به جایی است که کشف کند که امر اجتماعی موجود، بر خلاف ماهیت واقعی خود باشد. اگر امری بهنجار باشد از قوانین ضروری پیروی می‌کند؛ اما این ضرورت، هنگامی که انحرافی از وضع بهنجار رخ دهد متوقف می‌شود و اینجاست که مونتسکیو پیشنهاداتی برای تصحیح امر موجود

به قانون‌گذار می‌دهد. در تمام مصادیق یادشده، او یک «باید باشد» را جایگزین «چنین است» کرده و این امر نشان‌دهنده عدم اکتفا به مشاهده و استقرا و استفاده از استدلال‌های عقلی و قیاس در کنار آن است.

علاوه بر آنچه گفته شد استفاده مونتسکیو از اصطلاح «قانون طبیعی» در برخی قسمت‌ها، نشانه آن است که او در کنار رویکرد تجربی، قائل به قواعد عقلی کلی نیز هست. رویکرد تجربه‌گرایی معتقد است هر تصویری از حواس ناشی می‌شود و نمی‌تواند مدلول عالی‌تری داشته باشد؛ اما مونتسکیو با قبول «قانون طبیعی» و مقدم دانستن آن بر قوانین بشری، نوعی خردگرایی اخلاقی را می‌پذیرد؛ به‌عنوان مثال، از دیدگاه مونتسکیو، حق عفاف یک حق طبیعی است و باید تمام ملت‌های دنیا آن را احساس و رعایت نمایند (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۱۹). استفاده از ظرفیت قانون طبیعی امکان قضاوت در خصوص برخی قوانین موجود را برای مونتسکیو فراهم می‌کند. البته رویکرد مونتسکیو در خصوص قانون طبیعی، نوعی رویکردی التقاطی است و گرچه از پاره‌ای ویژگی‌های قانون طبیعی سنتی برخوردار است اما به قانون طبیعی مدرن نزدیک می‌شود.

۷. جدایی قانون به‌عنوان امری اجتماعی از دین

در دوران مدرن، با پذیرش «سوپرکتیویته» و به‌تبع «سکولاریسم»، محوریت دین تحت‌الشعاع قرار می‌گیرد. «سکولاریسم^{۲۲}» در لغت به معنای اعتقاد به جدا شدن دین از دنیا و در اصطلاح به معنای عرفی کردن امور و حذف دین از زندگی اجتماعی است (خسروپناه، ۱۳۸۲، صص. ۱۵۱-۱۵۳). به‌صورت طبیعی، اومانیزم و «سوپرکتیویته» به «سکولاریسم» می‌انجامد، زیرا اساس آن بر محور قرار گرفتن انسان است و این امر، محوریت دین را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. سکولاریسم در اندیشه مونتسکیو، سکولاریسم نرم است و نه سخت. سکولاریسم سخت به دنبال حذف دین از صحنه حیات بشری است؛ درحالی‌که سکولاریسم نرم به دنبال محدود ساختن دین به عرصه شخصی است. مونتسکیو به خدا اعتقاد داشت (کاپلستون، ۱۳۸۹، ج ۶، ص. ۳۲). او مذهب را بزرگ‌ترین حافظ اخلاق می‌دانست (مونتسکیو، ۱۳۴۵، ص. ۱۱۲). او مقصود خود از مذهب را مذهب آسمانی برمی‌شمرد و هر گونه اعتقاد خود به مذهب طبیعی را نفی می‌کرد (مونتسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۱۰۰۴-۱۰۰۹). مونتسکیو دیانت مسیح را اولی‌تر از

همه مذاهب روی زمین می‌دانست (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۶۹۹). باوجوداین، مونتسکیو با بازتفسیر مذهب در چارچوب رویکرد سکولار، خوبی مذهب را در چارچوب نتایج و منافع مترتب بر آن می‌داند و نه عقاید آن (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۶۸۷).

یکی از نمودهای اصلی سکولاریسم در مونتسکیو را در تأکید او بر لزوم جدایی مذهب از سایر امور دنیوی می‌توان دید. او هدف دنیوی را تنها هدف انسان در این دنیا و هدف خلقت می‌داند و انسان را از تعمق در اسرار جهان نهی می‌کند (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۶۷۸). در اندیشه او مسائلی که سنخیتی با هم ندارند باید از هم جدا باشند. «مسئله مذهب و روحانیت امری است که نه تنها خود مذهب و موازین مذهبی، بلکه احکام مسلم و مثبت عقل و منطق و حتی قضایای طبیعی حکم می‌کند که باید از سایر امور دنیوی جدا بوده و تفکیک شود تا باقی بماند» (مونتسکیو، ۱۳۴۵، ص. ۲۷۳)؛ بر همین اساس او منشأ اصلی بدبختی‌های حکومت روم را در جدا نکردن مسائل مربوط به خدا و ماوراء طبیعت از امور دنیوی می‌داند چراکه به عقیده او حقایق روحانی را تنها با موازین مربوط به روحانیت می‌توان سنجید و نمی‌توان در خصوص آن با مقیاس‌های مادی تحقیق کرد. به تبع سکولاریسم، دیگر انسان نیازی به آقابالاسری چون دین آسمانی ندارد. بدین ترتیب انسان خود را از احکام آسمانی و مراجع قدسی بی‌نیاز می‌بیند و خود را به مثابه وجود تازه‌ای که می‌تواند منشأ صدور احکام باشد اعتبار می‌کند؛ علاوه بر این، طبیعی‌گرایی، این تلقی را منتقل می‌کند که هیچ علت فوق طبیعی را نباید در جهان پذیرفت. این تلقی، خدا را به عنوان علت نخستین قلمداد می‌کند، اما معتقد است با توجه به آن که اکنون در جهان کاری انجام نمی‌دهد، در زندگی ما هیچ اهمیت علمی ندارد (استیس، ۱۳۷۷، صص. ۱۵۰-۱۵۲). این عوامل، زمینه جدایی نظریه اجتماعی و به تبع، نظریه قانون، از دین آسمانی را فراهم کرد. متکلمان پیش از دوران مدرن، عالم طبیعت را مظهر خداوند متعال می‌دانستند و همه امور را در پرتو چنین نگرشی بررسی می‌نمودند. اما اندیشمندان پس از دوره رنسانس اگرچه برخی منشأ الهی طبیعت را انکار نمی‌کردند، اما نظام طبیعت را نظامی مستقل و درون‌ماندگار می‌دانستند که با قوانین ریاضی قابل تبیین است. دیگر مفاهیمی چون خدا، هدف جهان و نظم اخلاقی جهان، جایگاهی در تبیین اجتماع و قوانین حاکم بر آن ندارد. در نظریه مونتسکیو خداوند نقشی ندارد. او در روح‌القوانین، اشاره‌ای مستقیم به نقش خداوند

متعال در تحلیل پدیده‌های اجتماعی از جمله قانون نمی‌کند و بر این نکته تأکید می‌کند که او عالم مذهبی نیست بلکه یک نویسنده سیاسی است و می‌خواهد حقایق را در پرتو زندگی عادی بشر مورد بررسی قرار دهد و نه در پرتو معتقدات مذهبی (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۶۶۶). قوانین طبیعی هم که مونتسکیو مطرح می‌کند بر خلاف قرون وسطی، هیچ بازگشتی به منبعی مافوق طبیعی یعنی خداوند متعال ندارد، بلکه کاملاً ساخته عقل انسانی است.

مونتسکیو قوانین مذهبی و قوانین مدنی زمینی را دو دسته قوانین با دو رویکرد مختلف می‌داند. از دیدگاه او، ماهیت قوانین بشری این است که مطیع حوادث و وقایع مختلف می‌شود، حال آنکه قوانین آسمانی بر طبق حوادث و تغییر اراده انسان تغییر نمی‌یابد، لذا انسان می‌تواند قوانین بشری را تغییر بدهد ولی قوانین مذهبی چون بهترین قواعد است قابل تغییر نیست (مونتسکیو، ۱۳۴۹، صص. ۷۲۵-۷۲۶). مونتسکیو تلاش می‌کند که مذهب را چنان تفسیر کند که با قواعد عقلانی انسان مدرن سازگار باشد. به عقیده او، آنچه حدود قلمرو مذهب اسلام و مسیح را ترسیم نموده همین آب‌وهوا است (مونتسکیو، ۱۳۴۹، ص. ۷۰۱). وقتی که دین، خود به‌عنوان پدیده‌ای اجتماعی تحت تأثیر شرایط جوامع مختلف، امری متغیر باشد طبیعتاً نمی‌تواند با آموزه‌های خود مبنایی اساسی در نظریه قانون به‌وجود آورد.

نتیجه‌گیری

با شکل‌گیری مدرنیته، نوع جدیدی از علم اجتماعی خود را نمودار ساخت. این علم جدید، صورت کامل شده علم پیش از دوران مدرن نیست، بلکه مبتنی بر بنیادهای هستی‌شناسانه و معرفت‌شناسانه متفاوت و متکی بر تلقی خاصی از طبیعت، انسان و خداوند است؛ نگاهی که در آن، خاستگاه کل حقیقت در درون انسان قرار دارد و نه در نظم پیشینی جهان طبیعت. در این رویکرد، تمامی شناخت فلسفی را بایستی چنان شکل داد که روی پای خود بایستد. مونتسکیو به‌عنوان یکی از پیشگامان نظریه اجتماعی مدرن، نظریه خود را در چارچوب همین نگاه مدرن و متفاوت از رویکرد سنتی مطرح کرده است. در نظریه اجتماعی مونتسکیو، علم اجتماعی اهتمامی به طبیعت ثابت انسان، مبدأ و حقیقت وجودی او ندارد و لذا «باید»ی هم در چارچوب این امور

برای او مطرح نمی‌شود، بلکه در آن، نظم اجتماعی و خودآگاهی جمعی اصالت پیدا می‌کند و اوامر و نواهی در راستای حفظ نظم اجتماعی مدرن مطرح می‌شود؛ بنابراین علم اجتماعی جدید، به اصطلاح قدیم، علم عملی نیست؛ چراکه در آن از چیزها «چنانکه باید در راستای کمال انسان و علت غایی او باشد» صحبت نمی‌شود، بلکه علم به نظامی از اعمال است که نظم اجتماعی جدید و روح جامعه را محقق می‌سازد.

بشر همچنان که در حوزه طبیعت مادی تصرف می‌کند، در حوزه انسانی و اجتماعی نیز جامعه‌ای جدید می‌سازد که مبنای اصلی تمامی امور قرار می‌گیرد. با از بین رفتن حیز طبیعی برای اشیاء، طبیعت جهان تبدیل به طبیعت اجتماعی می‌شود که انسان آن را ساخته و پرداخته است. این جامعه جدید قراردادی، مبنای نظام قانونی قرار می‌گیرد و جایگزین طبیعت به معنای سنتی آن می‌شود. با شکل‌گیری اجتماع، قانون مدنی و سیاسی جایگزین قانون طبیعی می‌شود. در چارچوب این نگاه، قانون به‌عنوان امری اجتماعی معرفی می‌شود. قانون اجتماعی مبتنی بر قانونی پیشینی به نام قانون طبیعی نیست، بلکه برخاسته از نظام اندام‌واره‌ای اجتماع است. چون ساختار و نظام اندام‌واره‌ای هر جامعه‌ای نسبت به دیگر جوامع متفاوت است هر جامعه‌ای اقتضای قانون خاص خود را دارد و لذا ثبات قوانین بی‌معنا می‌شود. با این تحلیل دین نیز جایگاهی در قانون‌گذاری ندارد؛ چراکه چیزی خارج از جامعه و قانونمندی‌های آن، نمی‌تواند بایسته‌ای را نسبت به جامعه تحمیل کند.

اهمیت مراجعه به اندیشه مونتسکیو در روش جدیدی است که او در نظریه قانون خود به‌کار گرفته است؛ و الا نتایج و آورده‌های او در روح‌القوانین چندان شایسته توجه نیست. براین‌اساس، این مقاله تلاش کرد که با رویکرد روش‌شناسی بنیادین، بین مبانی بنیادین نظریه مونتسکیو و اصول علم اجتماعی برخاسته از آن، با نظریه قانون وی ارتباط برقرار کرده و از این زاویه بنیان‌های علم اجتماعی جدید و تفاوت ماهوی آن با علم اجتماعی سنتی و تأثیر آن بر نظریه قانون وی را آشکار سازد. بدیهی است هر گونه فهم از نظریه قانون مونتسکیو بدون توجه به مبانی بنیادین حاکم بر آن و اصول علم اجتماعی جدید، فهمی غیردقیق و سطحی است و نمی‌تواند مبنایی برای نظریه بومی قانون فراهم آورد.

یادداشت‌ها

1. Baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755)
2. method
3. rationalism
4. empiricism
5. synthesis
6. induction
7. deduction
8. Subjectivity
9. anthropology
10. A Treatise of Human Nature
11. Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects
12. naturalism
13. ontological naturalism
14. the postulate of determinism
15. speculative reason
16. practical reason
17. Happiness
18. virtue
19. Augustinus (354-430)
20. art
21. science
22. secularism

کتابنامه

- آرون، ریمون (۱۳۷۰). *مراحل اساسی اندیشه در جامعه‌شناسی*. ترجمه باقر پرهام، تهران: انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی (شرکت سهامی).
- ارسطو (۱۳۷۸). *سماع طبیعی*. ترجمه محمدحسن لطفی، تهران: طرح نو.
- ارسطو (۱۳۹۰). *سیاست*. ترجمه حمید عنایت، تهران: امیرکبیر.
- استیس، والتر ترنس (۱۳۷۷). *دین و نگرش نوین*. ترجمه احمدرضا جلیلی، تهران: انتشارات حکمت.
- پارسانیا، حمید (۱۳۹۰). *روش‌شناسی انتقادی حکمت صدرایی*. قم: کتاب فردا.
- پارسانیا، حمید (۱۳۹۲). *نظریه و فرهنگ: روش‌شناسی بنیادین تکوین نظریه‌های علمی*. راهبرد فرهنگ، (۲۳)، صص. ۲۸-۷.
- تریگ، راجر (۱۳۸۶). *فهم علم اجتماعی*. ترجمه شهناز مسمی پرست، تهران: نشر نی.
- جاویدی، مجتبی (۱۳۹۸). *نظریه قرارداد اجتماعی ژان ژاک روسو با رویکردی روش‌شناسانه*. *اندیشه دینی*، ۱۹(۴)، (پیاپی ۷۳)، صص. ۵۰-۲۵.

- جاویدی، مجتبی (۱۳۹۹). نگاهی روش‌شناسانه به نظریه قرارداد اجتماعی توماس هابز. *مطالعات حقوق عمومی*، ۵۰(۲)، صص. ۶۸۵-۷۰۹.
- جاویدی، مجتبی (۱۴۰۰). تجلی سوژکتیویته در نظریه اراده عمومی ژان ژاک روسو. *مطالعات حقوق عمومی*، ۵۱(۱)، صص. ۳۶۷-۳۸۸.
- جونز، و. ت. (۱۳۸۳). *خداوندان اندیشه سیاسی*، قسمت دوم (مونتسکیو، روسو، برک، بتام). ترجمه علی رامین، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- چالمرز، آلن اف (۱۳۹۰). *چیستی علم (درآمدی بر مکاتب علم‌شناسی فلسفی)*. ترجمه سعید زیباکلام، تهران: انتشارات سمت.
- حسینی، سید حمیدرضا و موسوی، هادی (۱۳۹۵). *انسان‌کنش‌شناسی پوزیتیویستی*. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- خسروپناه، عبدالحسین (۱۳۸۲). *گستره شریعت*. قم: پژوهشگاه فرهنگ و معارف (نشر معارف).
- داوری اردکانی، رضا (۱۳۷۳). *فلسفه در بحران*. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- داوری اردکانی، رضا (۱۳۷۴). *فلسفه چیست؟*. تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- داوری اردکانی، رضا (۱۳۸۶). *درباره غرب*. تهران: انتشارات هرمس.
- داوری اردکانی، رضا (۱۳۹۰). *درباره علم*. تهران: انتشارات هرمس.
- دورکیم، امیل (۱۳۶۸). *قواعد روش جامعه‌شناسی*. ترجمه علی محمد کاردان، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- دورکیم، امیل (۱۳۷۸). *خودکشی*. ترجمه نادر سالارزاده امیری، تهران: دانشگاه علامه طباطبائی.
- ریتزر، جورج (۱۳۷۴). *نظریه جامعه‌شناسی در دوران معاصر*. ترجمه محسن ثلاثی، تهران: انتشارات علمی.
- سبزواری، ملاهادی (۱۳۶۹). *شرح المنظومه، تصحیح و تعلیق از آیت‌الله حسن‌زاده آملی و تحقیق و تقدیم از مسعود طالبی*، تهران: نشر ناب.
- صانعی دره‌بیدی، منوچهر (۱۳۸۴). *مبانی اندیشه‌های فلسفی (فلسفه عمومی)*. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- طالب‌زاده، سیدحمید (۱۳۸۴). *تحلیلی فلسفی از نسبت ریاضیات و علم جدید*. نشریه فلسفه، ۱۰(۱)، صص. ۷۶-۵۱.
- طالب‌زاده، سیدحمید؛ مهرنیا، حسن و موسوی اصل، سید سعید (۱۳۹۸). *رویکرد ارگانیک در*

- ایدئالیسم آلمانی به‌مثابه شرط امکان علم اجتماعی پوزیتیویستی در اندیشه دورکیم. *مطالعات جامعه‌شناختی*، ۲۶(۲)، صص. ۲۴۱-۲۷۲.
- عبداللهی آرانی، مصعب (۱۳۸۵). نقد و بررسی چهار نگرش پوزیتیویستی در علم اقتصاد: هاروارد، LSE، شیکاگو، MIT. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۷). *تاریخ فلسفه (فلسفه قرون وسطی از آگوستینوس تا اسکوتوس)*. (جلد دوم)، ترجمه ابراهیم دادجو، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۸). *تاریخ فلسفه (از من دویران تا سارتر)*. (جلد نهم)، ترجمه عبدالحسین آذرنگ و سید محمود یوسف‌ثانی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۸۹). *تاریخ فلسفه (از ولف تا کانت)*. (جلد ششم)، ترجمه اسماعیل سعادت و منوچهر بزرگمهر، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- کاپلستون، فردریک چارلز (۱۳۹۰). *تاریخ فلسفه (از دکارت تا لایب‌نیتس)*. (جلد چهارم)، ترجمه غلامرضا اعوانی، تهران: انتشارات علمی و فرهنگی.
- کاسیرر، ارنست (۱۳۸۲). *فلسفه روشنگری*. ترجمه یدالله موقن، تهران: انتشارات نیلوفر.
- کالینیکوس، آکس (۱۳۸۵). *درآمدی تاریخی بر نظریه اجتماعی*. ترجمه اکبر معصوم بیگی، تهران: انتشارات آگه.
- کچوئیان، حسین (۱۳۹۵). «تحلیل جامعه‌شناختی و انتقادی ماهیت علم مدرن» در: *درس‌گفتارهای اولین دوره طرح ملی گفتمان نخبگان علوم انسانی (تابستان ۱۳۹۴)*، تهیه و تدوین: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم: مؤسسه بوستان کتاب.
- کوزر، لوئیس (۱۳۸۹). *زندگی و اندیشه بزرگان جامعه‌شناسی*. ترجمه محسن ثلاثی، تهران: انتشارات علمی.
- لنکستر، لین و (۱۳۸۳). *خداوندان اندیشه سیاسی*. قسمت اول (هگل، آگوست کنت، جان استوارت میل). ترجمه علی رامین، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- مارشال، گوردون (۱۳۸۸). *فرهنگ جامعه‌شناسی آکسفورد*. ترجمه میرا مشیرزاده، تهران: انتشارات میزان.
- موسوی اصل، سید سعید (۱۳۹۷). *رویکرد سویژکتیو به قانون در فلسفه کانت*. حکمت اسلامی، ۱(۵)، صص. ۶۱-۷۸.
- مونتسکیو (۱۳۴۵). *ملاحظات در باب علل عظمت و انحطاط رومیان*. ترجمه علی‌اکبر مهدی،

تهران: انتشارات امیرکبیر.

مونتسکیو (۱۳۴۹). *روح‌القوانین*. ترجمه علی‌اکبر مهتدی، تهران: انتشارات امیرکبیر.

وبر، ماکس (۱۳۸۷). *روشن‌شناسی علوم اجتماعی*. ترجمه حسن چاوشیان، تهران: نشر مرکز.

هایدگر، مارتین (۱۳۷۹). *عصر تصویر جهان*. ترجمه حمید طالب‌زاده، فصلنامه فلسفه دانشگاه تهران، (۱)، صص. ۱۳۹-۱۵۶.

Aristotle (2000). *Nicomachean Ethics*, roger crispe, Cambridge, United Kingdom: cambridge university press.

Durkheim, Emile (1960). *Montesquieu and Rousseau, Forerunners of Sociology*, First edition, U.S.A: The University of Michigan Press.

Kant, Immanuel (1909). *Critique of Practical Reason*, Trans, TK abbott. New York: Prometheus Books.

Kant, Immanuel (1985). *Critique of Pure Reason*, Trans by Norman Kemp Smith. New York: The Modern Library Press

Kant, Immanuel (2006). *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Translated and Edited By Mary Gregor. England: Cambridge University Press.

سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۵

نوع مقاله: پژوهشی

علی آریان نژاد*

میثم اقبائی فام**

علی فتاحی زفرقندی***

چکیده

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران سازوکار مواجهه با شرایط اضطراری در دو اصل ۷۹ و ۱۷۶ تعبیه شده است که در نگرش اولیه سازوکار مندرج در آنها برای وضع الزامات حقوقی در موازات یکدیگر به نظر می‌رسد. از آنجاکه وجود دو سازوکار موازی در برخورد با شرایط اضطراری و عدم پیش‌بینی ضابطه و چارچوب مشخص، موجب بلا تکلیفی نظام تصمیم‌گیری کشور در شرایط اضطراری می‌گردد، تعیین نحوه تعامل این دو سازوکار در مواجهه با شرایط اضطراری به منظور اجرایی‌سازی حداکثری قانون اساسی ضروری به نظر می‌رسد؛ چراکه نگرش نظام‌مند به قانون اساسی اقتضای ارائه تفسیری کل‌نگر مبتنی بر هر دو اصل فوق‌الذکر را دارد، لذا این پژوهش با روش توصیفی تحلیلی درصدد پاسخ به این سؤال بوده است که «سازوکار مطلوب مقررگذاشته در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست؟» و در راستای ارائه سازوکار مطلوب در این زمینه، ضمن مطالعه موردی تصمیم‌گیری در موضوع کرونا به عنوان آخرین جلوه‌گاه شرایط اضطراری در نظام حقوقی ایران، اقدام به پیشنهاد سازوکار مطلوب چهار مرحله‌ای به منظور کاربست صحیح تفسیر این دو اصل در نظام حکمرانی کشور در مواجهه حاکمیتی با شرایط اضطراری نموده است.

واژگان کلیدی: سازوکار وضع الزامات حقوقی، شرایط اضطراری، شورای عالی امنیت ملی، ویروس کرونا، محدودیت‌های ضروری.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
a.arianejad@isu.ac.ir

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه‌السلام، تهران، ایران.
m.aghrabaei@isu.ac.ir

*** استادیار پژوهشکده شورای نگهبان، تهران، ایران.
a.fattahi@gcrc.ac.ir



وضعیت اضطراری موقعیتی شناخته شده در هنجارهای بنیادین حقوقی تمام کشورهای جهان است که بسته به تجربیات کشورها، موقعیت جغرافیایی، پیشینه تاریخی و ارزش‌های حاکم بر نظام حقوقی، الگوهای متفاوتی برای تصمیم‌گیری در این شرایط طرح شده است. نظام جمهوری اسلامی ایران نیز در عالی‌ترین هنجار خود یعنی قانون اساسی، به این مهم توجه داشته است. در نسخه اولیه قانون اساسی پیش از بازنگری که در سال ۱۳۵۸ به تصویب رسید، صرفاً در اصل ۷۹ سازوکاری برای مواجهه با شرایط اضطراری در نظر گرفته شده بود، اما در نسخه دوم آن و پس از بازنگری در قانون اساسی، ضمن حفظ و عدم تغییر اصل ۷۹، اصل ۱۷۶ نیز بدان اضافه شد که اگرچه صراحتاً به مواجهه با وضعیت اضطراری اشاره نکرده است؛ لکن عموم آن شامل این موقعیت نیز می‌گردد.

در عالم واقع اگرچه سازوکار مندرج در اصل ۱۷۶ قانون اساسی برای مواجهه با شرایط اضطراری به کار گرفته شده است؛ اما تا کنون از سازوکار مندرج در اصل ۷۹ بهره‌برداری نشده است. این در حالی است که قانون‌گذار اساسی برای مواجهه با شرایط اضطراری به هر دو سازوکار توجه داشته است؛ اصل ۷۹ اشعار می‌دارد که دولت در شرایط اضطراری حق دارد با تصویب مجلس شورای اسلامی موقتاً محدودیت‌های ضروری را برقرار نماید، همچنین در اصل ۱۷۶ شورای عالی امنیت ملی به منظور تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور، هماهنگ نمودن فعالیت‌های مختلف مرتبط با تدابیر کلی امنیتی و مقابله با تهدیدها از طریق بهره‌گیری از امکانات مادی و معنوی کشور که شرایط اضطراری نیز از مصادیق آن است، صالح شمرده شده است.

از آنجاکه وجود دو سازوکار موازی در برخورد با شرایط اضطراری و عدم پیش‌بینی ضابطه و چارچوب مشخص موجب بلا تکلیفی نظام تصمیم‌گیری کشور در شرایط اضطراری می‌گردد؛ بنابراین تعیین نحوه تعامل این دو سازوکار در مواجهه با شرایط اضطراری به منظور شفافیت حقوق و تکالیف متقابل شهروندان و حاکمیت و اجرایی‌سازی حداکثری قانون اساسی، ضروری به نظر می‌رسد. این مسئله در نظام حقوقی ایران در مصادیقی همچون همه‌گیری کرونا ظهور یافته است و همواره تعیین

نهاد ذی صلاح، اقدام فوری، نحوه تعامل نهادهای مختلف و دیگر مسائل مرتبط با آن با چالش حقوقی روبه‌رو بوده است.

سابق بر این پژوهش اگرچه مفاهیم خاص و سازوکار اصل ۷۹ و ۱۷۶ به تفکیک در آثاری چند از جمله «نظریه وضعیت اضطراری در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اصل حاکمیت قانون با نگاه ویژه به اصل ۷۹ قانون اساسی» اثر آزاده طاهرزاده و «تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران؛ در جستجوی اداره صلاحیت‌دار» اثر مجید نجارزاده هنجنی، بررسی شده و در اثر «بررسی وضعیت اضطراری در حقوق اساسی ایران» نوشته هاجر عباسی اصل نیز به صورت اجمالی، ارتباط این دو اصل مورد اشاره قرار گرفته است؛ اما به‌طور خاص به نحوه تعامل این دو سازوکار، تعیین نظام تصمیم‌گیری، طراحی ساختار مدیریتی، نحوه اجرای قانون در شرایط اضطراری و ارائه پیشنهادی کاربردی برای حل این معضل پرداخته نشده است.

این پژوهش با روش توصیفی-تحلیلی درصدد پاسخ به این سؤال است که «سازوکار مطلوب مقررگذاری در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست؟» و برای پاسخ به آن پس از بررسی مفاهیم «شرایط اضطراری» و «محدودیت‌های ضروری»، سازوکار مطروحه در قانون اساسی در خصوص شرایط اضطراری مورد تحلیل قرار گرفته و به صورت موردی سازوکار به کار گرفته شده برای وضع الزامات حقوقی در مقابله با همه‌گیری کرونا به عنوان مصداق وضعیت اضطراری مطالعه می‌شود و درنهایت سازوکار پیشنهادی ضمن بررسی الگوی تصمیم‌گیری سایر کشورها در شرایط اضطراری ارائه می‌گردد.

۱. چارچوب مفهومی

پیش از ورود ماهوی به بحث، تبیین دقیق مفاهیم کلیدی پژوهش جهت تمییز با مفاهیم مشابه ضروری به نظر می‌رسد؛ لذا در ادامه به تبیین دو مفهوم کاربردی در بحث حاضر پرداخته می‌شود:

۱-۱. شرایط اضطراری

شرایط اضطراری حالتی بحرانی است که در آن کشور به نحوی درگیر مشکلاتی است که زندگی عادی و معمول شهروندان را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد و در یک تقسیم‌بندی کلی حوادثی که می‌تواند به‌عنوان وضعیت اضطراری تلقی گردد؛ شامل حوادث خشونت‌آمیز اعم از جنگ، ناآرامی و غیرخشونت‌آمیز شامل بلایا یا حوادث و بحران‌های اقتصادی است (عباسی، ۱۳۹۲، صص. ۲۴-۲۵).

در این شرایط برخی از عملکردهای عادی از قوه مجریه، مقننه و قضائیه و نهادهای غیردولتی به‌منظور اجرای برنامه اضطراری به حالت تعلیق درآمده و اختیارات مقامات کشور از حالت عادی خارج شده و گسترش می‌یابد (غمامی، ۱۳۹۶، ص. ۶۷۹). اگرچه تضمین آزادی‌های شرعی و قانونی که حق مستمر و پایدار افراد جامعه است، در شرایط عادی امری معقول و منطقی به‌نظر می‌رسد؛ اما در شرایط اضطراری عملی و حتی عقلایی نیست (هاشمی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۱۹۰).

۱-۲. محدودیت‌های ضروری

مفهومی مرکب از دو واژه است که برای دستیابی به دلالت آن باید ابتدا مفاهیم «محدودیت» و «ضرورت» بررسی گردد: محدودیت به معنای «داری حد بودن» است (دهخدا، ۱۳۸۵، ج ۲، ص. ۲۶۲۰) و به همراه یک متعلق دلالت پیدا می‌کند؛ لذا به نظر با توجه به اینکه قانون اساسی درصدد تعیین حقوق و تکالیف است، متعلق محدودیت باید حقوق باشد. ضرورت نیز به معنای حالت ترس یا نیاز و الزام حاصل از ضرر بر شخص یا جامعه یا به‌طور کلی، موقعیتی که ایجاب‌کننده انتخاب میان دو ضرر یا منفعت می‌باشد و به‌عبارت‌دیگر عذری است که به‌موجب آن ارتکاب پاره‌ای از امور ممنوعه مجاز است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰، ص. ۱۶). بنابراین می‌توان مفهوم ترکیب «محدودیت‌های ضروری» را تحدید حقوق به خاطر الزام حاصل از ضرر بر شخص یا جامعه دانست.

۲. مبانی وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری در قانون اساسی

در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دو سازوکار برای مواجهه با شرایط اضطراری

تعبیه شده است که تحلیل تفصیلی آن برای اجرایی‌سازی حداکثری قانون اساسی و نیل به سازوکاری مطلوب ضروری به نظر می‌رسد. لذا در ادامه ابتدا سازوکار مندرج در دو اصل ۷۹ و ۱۷۶ قانون اساسی به تفکیک بررسی شده و پس از آن ارتباط آن دو با یکدیگر مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

۲-۱. سازوکار مندرج در اصل ۷۹ قانون اساسی

صریح‌ترین اصل در قانون اساسی در مورد تصمیم‌گیری در شرایط اضطراری، اصل ۷۹ می‌باشد که مقتضی جریان سازوکار مندرج در آن «جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن» دانسته شده است. جنگ به معنای اقدام متقابل و مداوم در جهت نابود کردن دشمن یا تضعیف آن است (ایمانی و قطمیری، ۱۳۸۸، ص. ۵۵۹) و در وجه نظیر بودن یک پدیده به جنگ با توجه به اطلاق موجود در اصل، می‌توان دو ملاک «آثار و تبعات جنگ همچون اخلال در نظام سیاسی، فرهنگی، اقتصادی» (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۲) و «ویژگی‌های جنگ همچون تهدید عمومی و همگانی بودن و فراگیری» (زروندی رحمانی، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۱) را در نظر گرفت.

بنابراین دولت تنها زمانی می‌تواند به برقراری محدودیت‌های ضروری مبادرت ورزد که شرایط حادی مشابه زمان جنگ در فضای کشور وجود داشته باشد. از این‌رو نمی‌تواند به بهانه بحران‌هایی در سطح پایین‌تر از آن همانند رکود، تورم و شرایط سخت اقتصادی و... در کشور آزادی‌های افراد را محدود نماید؛ بلکه شرایط بحرانی باید تا حد جنگ نظامی، حاد و بسیار خطرناک باشد (مظهری و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۱۷۳).

فرایند تصمیم‌گیری در شرایط اضطراری در نص اصل ۷۹ به این بیان شرح داده شده است که «دولت حق دارد با تصویب مجلس محدودیت‌های ضروری را وضع کند» و به نظر با توجه به قرینه شناسایی مجلس شورای اسلامی به‌عنوان مرجع تصویب‌کننده پیشنهاد دولت، واژه «دولت» در مفهوم اخص آن و معادل با «قوه مجریه» مدنظر است (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۲). بنابراین تشخیص اولیه تحقق «شرایط اضطراری» با دولت است و در صورت پیشنهاد دولت نیز تصویب برقراری محدودیت‌های ضروری که به منزله تأیید حالت جنگ و شرایط اضطراری نظیر آن و موافقت با برقراری محدودیت‌های ضروری می‌باشد، با مجلس شورای اسلامی

است. به‌علاوه با توجه به اصل ۹۴ قانون اساسی، اگر شورای نگهبان نیز بروز شرایط یا ضرورت برقراری محدودیت‌های خاصی را احراز نکند، امکان برقراری محدودیت‌های ضروری وجود نخواهد داشت (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۳). با توجه به آنکه پیشنهاد برقراری محدودیت‌های ضروری به مجلس شورای اسلامی حق قوه مجریه است، می‌توان موضوع این اصل را در زمره موضوعاتی دانست که همانند «قانون بودجه سالانه کشور» ابتکار قانون در آن زمینه تنها از طریق «لایحه قانونی» ممکن است؛ در نتیجه نمایندگان مجلس شورای اسلامی نمی‌توانند در چارچوب اصل ۷۴ در این مورد مستقلاً طرح قانونی ارائه کنند (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۲). در مواد ۱۷۷ و ۱۷۸ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی نیز آمده است که «دولت باید قبل از اعمال محدودیت، متن کامل و دقیق محدودیت‌های ضروری با دلایل توجیهی لازم را همراه با لایحه قانونی جهت بررسی تقدیم مجلس کند و چنانچه دولت بدون کسب مجوز مبادرت به اعمال محدودیت نماید، رئیس مجلس موظف است تقدیم لایحه محدودیت را از رئیس‌جمهور مطالبه کند. در این خصوص حق سؤال یا استیضاح رئیس‌جمهور و وزیران برای نمایندگان محفوظ خواهد بود و رسیدگی به لایحه محدودیت‌های ضروری یک شوری است». اما آنچه در آیین‌نامه داخلی مجلس قابل انتقاد به نظر می‌رسد، عدم تعیین فوریت لازم برای بررسی این لایحه در مجلس است.

در مجلس بررسی نهائی قانون اساسی ذیل این اصل بر سازوکار مطروحه دو ایراد عمده وارد آمده است که عبارت‌اند از:

۱- برای رعایت احتیاط درباره دولت‌ها در آینده که احتمال انحراف در آن وجود دارد، اعلام حالت فوق‌العاده و شرایط اضطراری و اعمال محدودیت‌های ضروری، با اجازه رهبری باشد.

۲- گاهی شرایط به‌گونه‌ای است که نوبت به تهیه لایحه و تشکیل مجلس نمی‌رسد و باید تصمیم فوری گرفت (ورعی، ۱۳۸۵، ص. ۴۳۴).

اما این دو ایراد با توجه به ظرفیت‌های اصل ۱۷۶ به قانون اساسی وارد نمی‌باشد، همان‌طور که در ادامه نیز تشریح خواهد شد. از طرفی با توجه به نص اصل ۷۹ و همچنین نگرش نظام‌مند به قانون اساسی می‌توان چهار محدودیت برای جریان این

سازوکار برشمرد:

الف) موقتی بودن: بنابر صراحت اصل ۷۹ اعمال این محدودیت‌ها باید موقت و کمتر از ۳۰ روز باشد؛ چراکه برقراری محدودیت‌های طولانی‌مدت اثر مخرب سیاسی و اجتماعی به جای می‌گذارد و نه تنها ممکن است دولت از این اصل سوءاستفاده کند، بلکه خطر دیگری نیز وجود دارد؛ بدین معنی که امر استثنائی در مدت طولانی تبدیل به یک جریان گردیده و آزادی‌های مردم حتی در زمان رفع بحران به دست فراموشی سپرده می‌شود (عباسی، ۱۳۹۲، ص. ۸۲).

از آنجاکه طبق این اصل باید زمان ایجاد محدودیت‌ها موقت باشد، اگر جنگ یا شرایط اضطراری نظیر آن ادامه داشت و اعمال محدودیت‌ها هنوز ضروری می‌نمود، دولت برای اعمال مجدد آنها باید دوباره سازوکار مطروحه را طی کند. تصریح به ضرورت أخذ مجوز مجدد از مجلس در صورت باقی بودن ضرورت، بیانگر استثنائی بودن برقراری محدودیت‌های ضروری و اصالت داشتن آزادی شهروندان است که در راستای صیانت حداکثری از حقوق و آزادی‌های شهروندان و رعایت احتیاط لازم در استفاده دولت و مجلس در استفاده از این ابزار قانونی پیش‌بینی شده است (جمععی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۳).

ب) عدم خدشه به مبانی نظام: با توجه به اطلاق عبارت «محدودیت‌های ضروری» در اصل ۷۹، دولت و مجلس می‌توانند با تحقق شرایط و بر طبق تشریفات مذکور در اصل مزبور، هرگونه محدودیتی اعمال کنند؛ اما با توجه به اصل ۱۷۷ قانون اساسی، وضع این محدودیت‌ها نباید طوری باشد که به اسلامی بودن نظام، اکتفا کلیه قوانین و مقررات بر اساس موازین اسلامی، پایه‌های ایمانی و اهداف جمهوری اسلامی ایران، جمهوری بودن حکومت، ولایت امر و امامت امت، اداره امور کشور با اتکاء به آراء عمومی و دین و مذهب رسمی ایران به عنوان مبانی تغییرناپذیر نظام خدشه وارد کند.

ایجاد محدودیت‌های ضروری در ماده ۴ میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی سازمان ملل متحد مصوب ۱۹۶۶ نیز به رسمیت شناخته شده است؛ لکن مشروط بر اینکه این تدابیر با سایر الزاماتی که بر طبق حقوق بین‌الملل به عهده دارند، مغایرت نداشته باشد و منجر به تبعیضی منحصرأ بر اساس نژاد، رنگ، جنس، زبان، اصل و منشأ

مذهبی یا اجتماعی نشود و محدود بر اینکه مواردی همچون حق بر زندگی، ممنوعیت شکنجه، ممنوعیت بردگی، ممنوعیت تعرض به حریم خصوصی، آزادی فکر و مذهب را تحت الشعاع قرار ندهد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۱، ص. ۴۹۴).

ج) عدم ایجاد حکومت نظامی: اصل هفتاد و نهم قانون اساسی، هر چند که حالت فوق‌العاده و استثنائی را از نظر دور نداشته است، اما سبک اداره امور کشور از طریق حکومت نظامی را با عنوان نمودن عبارت «برقراری حکومت نظامی ممنوع است» انکار نموده است. ممنوعیت مطلق حکومت نظامی از ظاهر اصل قابل استنباط است؛ زیرا گزینه صریحی مبنی بر استثناء بر اصل وجود ندارد. مؤید این مطلب تکیه و تأکیدی است که خبرگان قانون اساسی به دلیل خاطرات ناخوشایند نظام گذشته بر نفی حکومت نظامی در هر شرایط داشته‌اند (عباسی، ۱۳۹۲، ص. ۷۸)؛ چراکه حکومت نظامی موجبات حکمرانی نظامیان را فراهم می‌آورد که علاوه بر آنکه مغایر مردم‌سالاری به جهت سلب حق حکمرانی از نمایندگان مردم است، منجر به برخورد قهری با شهروندان و سلب حداکثری حقوق و آزادی‌های آنان می‌شود.

د) ضروری بودن محدودیت‌ها: قانون‌گذار اساسی صلاحیت دولت و مجلس در وضع محدودیت‌ها را مقید به ضروری بودن آنها دانسته است؛ بنابراین مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان که به‌عنوان نهاد ناظر در این فرایند تعریف شده‌اند، باید با توجه به این مهم لویح را بررسی نمایند.

با وجود تعریف سازوکار تصمیم‌گیری در شرایط اضطراری در اصل ۷۹ قانون اساسی تا به حال برای مقابله با شرایط اضطراری از آن بهره‌برداری نشده است و حتی در زمان جنگ تحمیلی که پیش از بازنگری قانون اساسی اتفاق افتاده بود که در آن زمان اصل ۱۷۶ اساسی‌سازی نشده بود، رهبری علاوه بر اقداماتی که خود شخصاً انجام می‌داد، تنها نهادی را که به‌طور خاص در این امر به‌عنوان متولی قرار داد، شورای عالی دفاع ملی بود. اگرچه فلسفه وجودی این شورا در دولت موقت، سازمان‌دهی نیروهای نظامی کشور بود اما در اساسنامه‌ای که به تصویب دولت موقت رسیده بود، طرح مسائل مربوط به دفاع کشور از جهت امنیت داخلی و خارجی هم جزء وظایف این نهاد دانسته شده بود. با تصویب قانون اساسی ۱۳۵۸ وظایف این شورا به دو وظیفه

تعیین فرماندهان سه‌گانه ارتش و پیشنهاد جنگ یا صلح یا بسیج نیروها تقلیل یافت. اما امام (رحمت‌الله‌علیه) طی نامه‌ای^۱ در ۲۰ مهرماه ۱۳۵۹ اختیارات شورا در مدیریت بحران را توسعه بخشید. همین اتفاقات مقدمه‌ای می‌شود بر ظهور خلأهای قانونی و اجرایی شورای عالی دفاع در زمینه هماهنگی و صیانت از امنیت کشور که منجر به ایجاد شورای امنیت کشور در سال ۱۳۶۲ می‌شود، اما مهم‌ترین ادله‌ای که باعث ایجاد این نهاد شدند، عبارت بودند از آنکه موضوعات ضد امنیتی را تنها نمی‌توان در مباحث نظامی و دفاعی خلاصه نمود و امنیت در یک تقسیم، دارای ابعاد داخلی و خارجی می‌باشد که امنیت داخلی در مقایسه با امنیت خارجی اگر دارای اهمیت بیشتری نباشد، از اهمیت کمتری برخوردار نیست (اختری، ۱۳۹۶، ص. ۲۵). در نتیجه سازوکار خاص مقررگذاری در شرایط اضطراری مربوط به جنگ تحمیلی، در تدبیرات رهبری و تصمیمات شورای عالی دفاع ملی یا شورای امنیت خلاصه می‌شد.

۲-۲. سازوکار مندرج در اصل ۱۷۶ قانون اساسی

یکی از مهم‌ترین راهبردهای تأمین امنیت ملی، ایجاد نهادهای فراقوه‌ای باصلاحیت اتخاذ تصمیمات الزام‌آور در حوزه مسائل دفاعی و امنیتی است (مقدسی و اکبری، ۱۳۹۶، ص. ۸۷۳). در برخی کشورهای جهان که موضوع امنیت ملی دارای اهمیت مضاعف است، متولی موضوعات امنیتی نیز نهادی برتر و مستقل است (اختری، ۱۳۹۶، ص. ۷۱).

در نظام جمهوری اسلامی ایران، شورای عالی امنیت ملی به‌عنوان بالادست‌ترین نهاد امنیتی کشور، به‌منظور تعیین سیاست‌های دفاعی - امنیتی کشور، هماهنگ نمودن فعالیت‌های مختلف مرتبط با تدابیر کلی امنیتی و مقابله با تهدیدها؛ اقدامات و تصمیمات مقتضی را در قالب مصوبات لازم‌الاجرا انجام می‌دهد. از آنجایی که اعضای شورا را مسئولین عالی نظام تشکیل می‌دهند، شورای عالی نامیده شده است و تصمیمات و اقدامات این شورا حاکم بر سایر قوانین و تصمیمات می‌باشد؛ لذا مصوبات شورا از نظر ماهوی دارای جایگاه عالی است.

فلسفه وجودی این نهاد عالی مبتنی بر تصمیم‌گیری سریع، کل‌نگر، همه‌جانبه و همراه با مدنظر قرار دادن اصل مصلحت است و بایستی با توجه به ماهیت امر امنیتی، این شورا

در کمترین زمان بیشترین کارایی را برای جلب مصالح کلان نظام و تأمین منافع ملی داشته باشد. در سایه‌سار تحولات گوناگون در برخی مصادیق، موضوعات آن‌قدر فوری و غیرمترقبه می‌شوند که امکان حل و فصل موضوع از طریق عادی فراهم نیست و باید در کم‌ترین زمان ممکن، تصمیم مقتضی اتخاذ گردد. طبعاً حل و فصل این مسائل پیچیده از طریق عادی مانند تصویب مجلس زمان زیادی را اقتضا می‌نماید. به‌عنوان مثال اگر موضوعی بخواهد در مجلس با فوریت هم تصویب شود، بازهم اجرایی شدن آن نیازمند تأیید شورای نگهبان و ابلاغ و امضاء رئیس‌جمهور است که این فرایند ممکن است روزها به طول انجامد (مقدسی و اکبری، ۱۳۹۶، ص. ۸۸۵). لذا وجود نهادی چابک با اختیارات فراگیر و اعضای متشکل از ارکان تصمیم‌گیری کشور مانند رؤسای قوای سه‌گانه، نیروهای مسلح و نمایندگان مقام معظم رهبری ضروری می‌نماید.

محور وظایف شورای عالی امنیت ملی شامل سه حوزه است؛ اولین وظیفه این شورا در اصل ۱۷۶ قانون اساسی سیاست‌گذاری در حوزه دفاعی - امنیتی است که بایستی در حدود سیاست‌های کلی ابلاغی مقام معظم رهبری صورت گیرد؛ در نتیجه می‌توان این کارکرد شورا را استثنایی بر صلاحیت عام مجلس در وضع قانون طبق اصل ۷۱ قانون اساسی دانست (جمعی از نویسندگان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص. ۴۴۹). وظیفه دوم شورا هماهنگ نمودن فعالیت‌های سیاسی، اطلاعاتی، اجتماعی، فرهنگی و اقتصادی در ارتباط با تدابیر کلی دفاعی - امنیتی دانسته شده است؛ چراکه عرصه اجتماعی ابعاد گوناگونی را دربرمی‌گیرد که در جوامع ارگانیک مدیریت تخصصی هر امری بر عهده نهاد ذی‌ربط گذارده می‌شود و هر یک از این ابعاد می‌تواند دارای پیوست‌های امنیتی باشد. کارویژه شورای عالی امنیت ملی هماهنگی این امور با تدابیر مذکور است و این نقش هماهنگ‌کننده، حلقه وصل عنصر امنیت به موضوعات مختلف خواهد بود. شورای عالی امنیت ملی علاوه بر وظایف هماهنگی و سیاست‌گذاری که در بندهای ۱ و ۲ اصل ۱۷۶ عنوان شده است، صلاحیت تصمیم‌گیری اجرایی در شرایط اضطراری یا فوق‌العاده یا در شرایط مقابله با تهدیدات داخلی و خارجی را داراست و در این راستا بایستی از «امکانات مادی و معنوی کشور» بهره‌برداری نماید.

در عمل نتیجه فعالیت شورا یک تصمیم اجرایی عالی است که از طریق همکاری و مشارکت رؤسای قوای مقننه و قضائیه و همچنین نمایندگان رهبری با اعضاء و

دست‌اندرکاران قوه مجریه اتخاذ شده است و غالباً توسط نیروهای تحت اختیار قوه مجریه به مرحله اجرا می‌رسد (عباسی، ۱۳۹۲، ص. ۹۱). علت این امر آن است که شورای عالی امنیت ملی از حیث امکانات به وزارتخانه‌ها و ارگان‌های عمومی کشور که غالباً در قوه مجریه‌اند نیازمند است و ماهیت بالادستی شورای عالی امنیت ملی مقتضی تصمیم‌گیری و راهبری سایر نهادهای اجرایی است.

با توجه به ماهیت متفاوت تصمیمات شورای عالی امنیت ملی می‌توان در موقت یا دائمی بودن صلاحیت‌های این نهاد قائل به تفکیک شد. از این حیث که اقتضای مصوبات دارای شأن سیاست‌گذاری شورا، مستمر و برای دوره‌ای طولانی تصویب می‌گردد و در مقابل تصمیمات موردی و اقتضائی با توجه به شرایط خاص شکل می‌گیرند و قاعدتاً موقت و ناظر به دوره‌ای مشخص می‌باشند (مقدس و اکبری، ۱۳۹۶، ص. ۸۷۵). فارغ از این تقسیم‌بندی به نظر در حالاتی که تصمیمات شورای عالی امنیت ملی محدودیت‌هایی در حقوق مردم اعمال کند، قاعدتاً موقت بوده و محدود به زمانی است که مصلحت صدور تصمیم پابرجا باشد؛ از این رو مصوبات این شورا در تحدید حقوق بنیادین مردم موقت تلقی می‌شود (پناهی بروجردی، ۱۳۹۸، صص. ۱۲۷-۱۲۸).

با توجه به نص اصل ۱۷۶ قانون اساسی شورای عالی امنیت ملی در تمامی اموری که جنبه امنیتی دارد در محدوده بندهای سه‌گانه اصل مزبور به‌طور مطلق دارای صلاحیت است. بنابراین در زمان حدوث شرایط امنیتی سازوکار این اصل فعال می‌گردد و شورا اقدامات لازم برای مدیریت شرایط امنیتی را فراهم می‌کند. مصوبات این شورا پس از تأیید مقام معظم رهبری قابل اجرا است.

با توجه به فراقوه بودن شورای عالی امنیت ملی و تأیید مصوبات توسط مقام معظم رهبری، مصوبات این شورا لازم‌الاجرا است و بر سایر قوانین مجلس، آیین‌نامه‌های دولتی، مصوبات شورای عالی انقلاب فرهنگی و دیگر مقررات برتری دارد؛ لذا قوای سه‌گانه، وزارتخانه‌ها، سازمان‌ها و تمامی نهادهای مرتبط با موضوع مصوبات، ملزم به اجرای مصوبات شورا هستند.

همان‌طور که در مطالب فوق‌الذکر اشاره شد در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دو اصل مرتبط با وضعیت اضطراری وجود دارد که سازوکار مقررگذاری در این

شرایط را هر کدام اختصاصاً شرح داده‌اند. نگرش نظام‌مند به قانون اساسی ایجاب می‌کند که این دو اصل در کنار هم به اجرا گذارده شوند؛ به نحوی که هیچ‌کدام از این دو اصل کارکرد خود را از دست ندهد. اما نگرش بدوی به این دو اصل حاکی از موازی بودن دو سازوکار مطروحه در این اصول است؛ به این بیان که در اصل ۷۹ در شرایط اضطراری، دولت از طریق مجلس شورای اسلامی حق وضع محدودیت‌های ضروری را دارد و از طرفی بنابر اصل ۱۷۶ شورای عالی امنیت ملی صلاحیت عام تصمیم‌گیری در شرایط اضطراری را داراست.

بنا بر برداشت فوق در مواجهه با شرایط اضطراری ممکن است این دو سازوکار به موازات یکدیگر به جریان افتند و علاوه بر عدم مدیریت صحیح وضعیت اضطراری، نظام متحمل هزینه‌های مضاعف گردد. لازم به ذکر است این تعارض صرفاً در صلاحیت‌های مشترک شورای عالی امنیت ملی با اصل ۷۹ قانون اساسی مطرح است و سایر صلاحیت‌های گوناگون شورا خارج از محل بحث می‌باشند. از آنجاکه معیاری برای تمییز صلاحیت‌های مجلس و شورای عالی امنیت ملی وجود ندارد و در ادامه پس از تحلیل موردی تصمیم‌گیری در موضوع کرونا و مطالعه الگوی تصمیم‌گیری در وضعیت اضطراری در سایر نظام‌های حقوقی، سازوکار پیشنهادی برای حل این تعارض ظاهری ارائه می‌شود.

۳. رویه وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری

تحلیل هر فرایند حکمرانی در نظامات حقوقی مختلف، نیازمند بررسی سابقه عملکرد حکمرانان به منظور کشف ظرفیت‌ها و نقایص قانونی است. از آنجاکه در سابقه نظام جمهوری اسلامی ایران، آخرین مصداق وضعیت اضطراری، همه‌گیری کرونا می‌باشد در ادامه نحوه مواجهه حکمرانان با این وضعیت تشریح می‌شود.

در اوایل سال ۲۰۲۰ میلادی جهان با پدیده‌ای ناشناخته و نوظهوری به‌عنوان کرونا مواجه گردید. این همه‌گیری به‌سرعت مرزهای حقوقی - سیاسی کشورهای گوناگون را درنوردید. سرعت شیوع و کشندگی بالای بیماری، جهان را با یکی از بزرگ‌ترین چالش‌های بشری مواجه گردانید. کشور ما ایران جزو کشورهایی بود که موج کرونا بسیار زودتر از نقاط دیگر جهان در آن شیوع پیدا کرد و در اواخر زمستان سال ۱۳۹۸

شیوع بیماری کرونا در کشور تأیید شد.

نظام‌های مختلف سیاسی برای مقابله مؤثر و کارآمد با این بیماری، نهادهای ذی‌صلاح خود را مشخص کردند. در کشور ما نیز ظرفیت‌های اصول ۷۹ و ۱۷۶ و همچنین قانون مدیریت بحران از امکان‌های پیش روی حکمرانی کشور برای اعمال صلاحیت در برابر کرونا بود. در رویه‌ای بی‌سابقه مجلس شورای اسلامی در بحبوحه همه‌گیری کرونا تعطیل اعلام شد و با توجه به ضرورت اتخاذ تدابیر هم‌افزا و هم‌گرای دستگاه‌ها برای کنترل بیماری و پیامدهای آن، شورای عالی امنیت ملی به‌عنوان نهاد صالح مدیریت و مقابله با بیماری کرونا با حکم مقام معظم رهبری به رسمیت شناخته شد (خلیلی شجاعی و عنابی، ۱۳۹۸، ص. ۱۱۴). این شورا فارغ از ترتیبات اصل ۷۹ با صدور مصوبه شماره ۷۳۷ مورخ ۱۳۹۸/۱۲/۱۷ «ستاد ملی مقابله با بیماری کرونا» را برای مدیریت و مقابله با همه‌گیری کرونا تأسیس کرد (غمامی، ۱۳۹۹، ص. ۱۷۴). ستاد مذکور با عضویت مقامات و دستگاه‌های گوناگون، مرجع اصلی تصمیم‌گیری در امور مرتبط با کرونا تعیین شد. اگرچه نمی‌توان ستاد ملی کرونا را به دلیل موقتی بودن و عدم تصویب مقررهای در مورد حدود وظایف و اختیارات آن از حیث ساختاری به عنوان شورای فرعی ذیل شورای عالی امنیت ملی محسوب نمود، اما این ستاد به‌عنوان کمیته‌ای فرعی ذیل شورای عالی امنیت ملی شناخته می‌شود (آقای طوق، ۱۴۰۱، ص. ۷۷۵). ساختار ستاد ملی متشکل از مقامات قوای مجریه، قضائیه و مقننه است و وزیر بهداشت، درمان و آموزش پزشکی ریاست این ستاد را برعهده دارد. تاکنون بنابر احکام انتصاب صادره از جانب رؤسای جمهور، وزیر کشور نیز به‌عنوان فرمانده قرارگاه عملیاتی ستاد ملی کرونا ایفای وظیفه می‌نماید.

رویه مقررگذاری این ستاد به این نحو است که وزرای کشور و بهداشت، درمان و آموزش پزشکی، همچنین کمیته علمی تخصصی کرونا پیشنهادات خود را در صحن ستاد ملی مطرح می‌کنند. با رأی‌گیری اکثریت مصوبات ستاد ملی برای همه قوا، نهادها، سازمان‌ها و اشخاص الزام‌آور است. از آنجاکه اعتبار مصوبات این ستاد ناشی از اختیارات شورای عالی امنیت ملی بوده و از حیث ساختاری نیز به این شورا وابسته می‌باشد، بنابر تبصره ماده ۱۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری

مصوب ۱۳۹۲، مصوبات این ستاد قابل ابطال توسط دیوان عدالت اداری نمی‌باشد. این مهم در رأی شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۱۰۲۸۸ مورخ ۱۴۰۰/۵/۲۰ هیئت تخصصی استخدامی دیوان عدالت اداری به این بیان تأکید شده است که به موجب جزء ۲ بند «الف» مصوبات هفتصدوسی و هفتمین جلسه شورای عالی امنیت ملی که پس از تأیید مقام معظم رهبری ابلاغ شده، مصوبات ستاد ملی مقابله و مدیریت بیماری کرونا در حکم مصوبه شورای عالی امنیت ملی است.

۴. الگوی وضع الزامات حقوقی در وضعیت اضطراری در سایر نظام‌های حقوقی

حقوق تطبیقی از دو جهت در وضع و اصلاح قوانین مؤثر است؛ از یک طرف حقوق تطبیقی موجب خواهد شد که دید و کیفیت کار طراحان سازوکارهای حکمرانی، بهبود یابد که در عمل به تهیه و تنظیم قوانین مناسب‌تری منجر خواهد شد و از طرفی تجارب سایر کشورها را در معرض دید و استفاده تهیه‌کنندگان قوانین قرار خواهد داد (شیروی، ۱۳۸۴، ص. ۴۱). لذا طراحی سازوکار مناسب حکمرانی در مواجهه با شرایط اضطراری نیازمند رجوع به مدل‌های تطبیقی کشورهای مختلف است. در ادامه نحوه وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری در چهار نظام حقوقی بررسی می‌شود.

۴-۱. ایتالیا

در کشور ایتالیا، به جز اصل ۷۸ قانون اساسی این کشور که مقرر داشته است: «مجلسین در خصوص وضعیت جنگی تصمیم‌گیری نموده و اختیارات الزام را به دولت محول می‌نمایند»، مقررات واضح و صریحی درباره اعلام وضعیت اضطراری و تعلیق حقوق پیش‌بینی نشده است. اگرچه تا به حال اصل مذکور به صراحت اجرایی نشده است؛ اما می‌توان از این اصل امکان اتخاذ تدابیر محدودکننده تضمین حقوق را استنباط کرد (Angiulli, 2009, p. 2).

باین حال، اصول ۷۶ و ۷۷ قانون اساسی ایتالیا اشاره‌ای به شرایط اتخاذ تصمیم در وضعیت خاص توسط دولت دارند. بر اساس اصل ۷۶، امر قانون‌گذاری را نمی‌توان به دولت محول نمود مگر با تعیین اصول و قواعد معین و فقط برای مدتی محدود و برای موضوعات مشخص و مطابق اصل ۷۷ قانون اساسی ایتالیا، دولت نمی‌تواند اقدام به

قانون‌گذاری کند مگر اینکه چنین اختیاری به‌طور صریح توسط مجلس به دولت تفویض شده باشد. لذا هرگاه دولت در موارد ضروری مقررات موقت هم‌سطح قوانین عادی تصویب کند، مکلف است مصوبات خود را در همان روز، جهت تأیید به مجلس نمایندگان و مجلس سنا تقدیم نماید. در چنین شرایطی مجلسین پنج روز وقت دارند تا اولین جلسه خود را برای بررسی تصمیمات قوه مجریه تشکیل دهند، حتی اگر مجلسین قبلاً منحل شده باشد. اقدامات دولت که ظرف مدت ۶۱ روز پس از انتشار به تأیید مجلسین نرسیده باشند، از ابتدای امر بی‌اعتبار تلقی می‌گردند (جلالی و ابوعطا، ۱۳۹۹، صص. ۵۰-۵۱).

در گذر زمان، دولت ایتالیا برای عبور از دیوان‌سالاری و تشریفات تصویب قوانین در مجالس نمایندگان و سنا، استفاده از ابزارهای حقوقی برای پیشبرد امور خود را افزایش داده است و بخش وسیعی از مقررہ‌گذاری در ایتالیا توسط صلاحیت خاص قانون‌گذاری دولت صورت می‌گیرد و مصوبات و احکام قانونی از حالت استثنایی و اضطراری به‌قاعده‌ای ثابت تبدیل شده‌اند (آقابابایی، ۱۴۰۰، ص. ۱۳). بررسی عملی مقررہ‌گذاری در ایتالیا نشان می‌دهد که نظام حقوقی این کشور در ابتدا برای مواجهه با وضعیت اضطراری به عموماً رویه تقنین یعنی اصل ۷۷ رجوع می‌کند و دولت این کشور ذیل اختیارات این اصل اجازه موقت مقررہ‌گذاری ابتدایی هم‌سطح با قوانین عادی را متکفل می‌شود. سپس بعد از گذر از شرایط اولیه اضطراری رویه قانون‌گذاری به حالت عادی خود بازمی‌گردد و نظام حقوقی به قوانین مدیریت شرایط اضطراری متوسل می‌شود (Civitaresse Matteucci et al., 2022, pp. 2-3).

۲-۴. جمهوری ترکیه

نظام وضعیت اضطراری در ترکیه، اعلام این وضعیت را منحصر در وقوع چهار حادثه دانسته است که عبارت‌اند از: بلایای طبیعی، شیوع بیماری خطرناک، بحران جدی اقتصادی و اقدام جدی علیه نظم عمومی و یا حقوق و آزادی‌های اساسی. رویه اعلام شرایط اضطراری در این کشور با شورای وزیران آغاز می‌گردد و پس از تصمیم این شورا مبنی بر وجود یکی از چهار عامل فوق، به مجلس ترکیه ارسال می‌گردد. مجلس می‌تواند دوره زمانی را تغییر یا اصلاح نماید. اعلام شرایط اضطراری در این کشور

محدود به دوره‌ای شش‌ماهه است و در صورت لزوم تمدید وضعیت با درخواست هیئت‌وزیران و تصویب مجلس برای یک دوره چهارماهه مجاز خواهد بود (ابدی، ۱۳۸۶، ص. ۳۴۴).

به‌طورکلی مجلس ترکیه در شرایط وضعیت اضطراری، به‌عنوان قدرت برخوردار از مردم نقش ویژه‌ای ایفا می‌کند تا امکان سوءاستفاده از قدرت به حداقل ممکن برسد (فغان‌نژاد و نوری، ۱۳۹۱، ص. ۷۹). پس از اعلام وضعیت اضطراری، شورای وزیران می‌تواند تصویب‌نامه‌هایی با الزام قانونی در موضوعات مربوط با وضعیت اضطراری بدون رعایت تشریفات قانون اساسی صادر و جهت تأیید به مجلس این کشور ارسال نماید (ابدی، ۱۳۸۶، ص. ۳۴۵). از طرفی اختیارات تفویض شده برای اجرای وضعیت اضطراری تحت نظارت مجلس یا نهاد ناظر قانون اساسی و یا قوه قضائیه اعمال می‌گردد (Çetin, 2020, p. 477).

۳-۴. جمهوری مصر

هر چند به‌صراحت مسئله حکومت نظامی در قانون اساسی جدید این کشور ممنوع اعلام نشده است، لکن با توجه به مفهوم ماده ۱۵۴ قانون اساسی مصر و آزادی‌های گوناگونی که به شیوه‌ای مردم‌سالارانه وضع شده‌اند، می‌توان به ممنوعیت این مسئله پی برد. بر اساس ماده ۱۵۴ قانون اساسی مصوب ۲۰۱۴ و قانون حالت اضطراری مصوب ۱۹۵۸ و قانون اصلاحی آن مصوب ۱۹۷۲، این شرایط و آیین آن مورد واکاوی قرار می‌گیرند.

به‌موجب ماده ۱ قانون حالت اضطراری مصوب ۱۹۵۸ اسباب اعلان حالت فوق‌العاده در کشور به‌طورکلی عبارت‌اند از: وقوع جنگ و شورش تهدید به جنگ، آشوب و اغتشاشات داخلی، بروز حوادث غیرمترقبه و انتشار وبا. تمام وقایع نام برده شده فوق باید به درجه‌ای از خطر رسیده باشند که موجب ممانعت دولت برای مقابله با آنها از طریق قانون‌گذاری عادی گردد؛ اما چنانچه دولت بتواند با این حوادث به‌واسطه قانون‌گذاری عادی مقابله نماید، استثناء نمودن این وقایع و حوادث توجیهی برای اعلان حالت اضطراری نیست. تشخیص این شرایط با رئیس‌جمهور است و او از طریق مشاوره با هیئت‌وزیران تصمیم خود را با دلایل موجه به مجلس اعلام می‌کند. این درخواست ظرف ۱۵ روز از اعلان به مجلس ارائه می‌شود و مجلس باید طی هفت روز

نظر خود را ابراز کند. در صورت درخواست تمدید حالت فوق‌العاده دوباره باید همین سازوکار طی شود، لکن در نهایت تا سه ماه قابل تمدید خواهد بود (مظهری و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۱۸۰).

۴-۴. فرانسه

در قانون اساسی فرانسه دو اصل در مورد وضعیت اضطراری وجود دارد که قابل توجه می‌باشد:

۱- اصل ۱۶ قانون اساسی که به رئیس‌جمهور اجازه می‌دهد، هنگامی که نهادهای جمهوری، مستقل از ملت تمامیت ارضی یا اجرای تعهدات بین‌المللی به شیوه جدی و فوری تهدید کنند و عملکرد قاعده‌مند قوای عمومی متوقف شود، پس از مشورت رسمی با نخست‌وزیر، رؤسای مجالس و شورای قانون اساسی، تدابیر لازم را اتخاذ نماید. پس از گذشت ۳۰ روز از اعمال اختیارات استثنایی، شورای قانون اساسی می‌تواند با ارجاع رئیس مجلس ملی، رئیس مجلس سنا، ۶۰ نماینده یا سناتور مشخص کند که آیا شرایط اضطراری هنوز وجود دارد یا خیر. شورا باید در کوتاه‌ترین زمان ممکن تصمیم بگیرد. اما شورا پس از گذشت ۶۰ روز از اعمال اختیارات استثنایی می‌تواند در هر لحظه پس از این مدت، رأساً تصمیم بگیرد.

۲- اصل ۳۶ قانون اساسی فرانسه بیان می‌دارد حکومت نظامی توسط هیئت دولت مقرر می‌گردد. تمدید آن برای بیشتر از ۱۲ روز باید به تصویب مجلس برسد. این اصل در حالت خطر قریب‌الوقوع در نتیجه جنگ خارجی یا یک کودتای نظامی قابل اجراست که با اعطای قدرت پلیسی به قوای اداری حاکمیتی صورت می‌پذیرد. این وضعیت با تصویب هیئت وزیران ایجاد می‌شود، اما تمدیدش تا ۱۲ روز توسط مجلس باید تصویب شود (فغان‌نژاد و نوری، ۱۳۹۱، ص. ۷۶).

بنابراین در نظام حقوقی فرانسه، اعمال مقررات استثنایی دو سازوکار دارد: اولین سازوکار مربوط به اصل ۳۶ قانون اساسی فرانسه می‌باشد که بسیار محدود است و صرفاً برای اقدامات فوری قوه مجریه تعبیه شده است و برای تمدید آن باید این اقدامات توسط مجلس تصویب شود. دومین سازوکار مربوط به اصل ۱۶ می‌باشد که به نسبت زمان طولانی‌تری را دربرمی‌گیرد و سازوکار تعبیه‌شده برای آن نیز پیچیده‌تر است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار اساسی فرانسه درصدد این بوده است که تا حد امکان

از سلب آزادی‌ها و حقوق شهروندان جلوگیری کند.

۵. سازوکار مطلوب وضع الزامات حقوقی در شرایط اضطراری

با توجه به ارتباط موجود بین دو اصل ۷۹ و ۱۷۶ قانون اساسی و ضرورت نگرش نظام‌مند به قانون اساسی، کاربست صحیح تفسیر این دو اصل در نظام حکمرانی کشور و مواجهه حاکمیتی با شرایط اضطراری، نیازمند جمع این دو اصل و ارائه سازوکار جامع در چارچوب حقوق اساسی ایران می‌باشد. به منظور دستیابی به این مهم بر اساس مطالعات صورت گرفته پیرامون رویه نظام حکمرانی ایران در مواجهه با شرایط اضطراری و بررسی‌های تطبیقی بعضی نظامات حقوقی، سازوکار پیشنهادی به تفکیک چهار مرحله متوالی به تفصیل ارائه می‌شود:

۵-۱. تصمیمات فوری اولیه (اصل ۱۷۶)

هر نظام حقوقی در مواجهه با شرایط اضطراری نیازمند تصمیماتی فوری و اثرگذار به منظور مدیریت اولیه وضعیت اضطراری می‌باشد که نیل به این مهم مقتضی سازوکاری چابک، فنی و تخصصی است. با توجه به آنکه ماهیت و ساختار شورای عالی امنیت ملی متناسب با مقابله فوری با تهدیدات داخلی و خارجی است و از طرفی سازوکار مطروحه در اصل ۷۹ قانون اساسی که مشتمل بر تشخیص دولت، تصویب هیئت وزیران، تقدیم لایحه به مجلس شورای اسلامی، طرح لایحه در مجلس، تصویب مجلس، تأیید شورای نگهبان، ابلاغ و امضاء رئیس‌جمهور می‌باشد، ممکن است زمان‌بر باشد. در نتیجه مناسب‌ترین مرجع برای اخذ تصمیمات فوری اولیه در نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران شورای عالی امنیت ملی می‌باشد. اما جمع این سازوکار با اصل ۷۹ ایجاد می‌کند که تصمیمات شورا محدودیت زمانی داشته باشد، در ایجاد این محدودیت زمانی دونقطه ابهام قابل‌تصور است:

۱- با توجه به آنکه مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید رهبری قابل اجراست، ممکن است با توجه به اصل ۵۷ قانون اساسی ایجاد این محدودیت مخالف اصل ولایت مطلقه فقیه تلقی شود، اما از آنجاکه در اصل ۷۹ قانون اساسی سازوکار برخورد با وضعیت اضطراری پیش‌بینی شده است، مادامی که این اصل

تأمین‌کننده مصالح نظام و مردم باشد، نهادهای حاکمیت ملزم به پذیرش راه‌حل قانونی هستند (محبی و کرمی، ۱۳۹۵، ص. ۹۵).

۲- اگر بنا بر اعمال این محدودیت زمانی در مصوبات شورا باشد بایستی در مورد معیار این محدودیت تأمل شود، به نظر از دو طریق میتوان این محدودیت را اعمال کرد:
الف) اعتبار مصوبات شورای عالی امنیت ملی مقید به اتمام چرخه تقنین در اصل ۷۹ باشد به طوری که تعداد روزهای آن محدود نباشد تا فرایند تقنین مجلس طی گردد، اما از آنجاکه ممکن است مجلس با اکتفا به مصوبه شورا سازوکار اصل ۷۹ را اعمال نکند، این معیار محل انتقاد است، مگر آنکه مجلس در آیین‌نامه داخلی خود این نوع لوایح را سه فوریتی دانسته و با قید فوریت رسیدگی کند. لازم به ذکر است در صورت استنکاف دولت در ارائه لایحه وضعیت اضطراری، ابزارهای نظارتی مجلس همچون استیضاح و سؤال فعال خواهد شد.

ب) اعتبار مصوبات شورا مقید به زمان معین باشد؛ همان‌طور که در فرایند قانون‌گذاری کشورهای فرانسه و ایتالیا زمان مشخصی برای تصمیمات فوری اولیه اتخاذ شده است. اما از آنجاکه ممکن است فرایند اعمال سازوکار اصل ۷۹ به دلایل مختلف از قبیل استمهال شورای نگهبان، استنکاف رئیس‌جمهور از امضا، ابلاغ مصوبه مجلس و... به تأخیر افتد، اعمال این چنین محدودیتی منطقی نمی‌باشد.

۲-۵. مقررہ گذاری اصلی (اصل ۷۹)

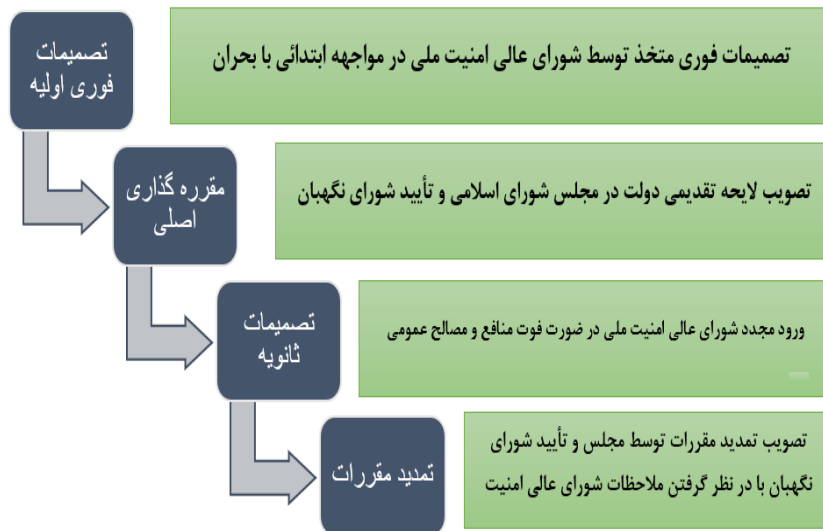
با توجه به آنکه اولاً در نظر قانون‌گذار اساسی مسیر قانونی مقابله با شرایط اضطراری در اصل ۷۹ پیش‌بینی شده است؛ ثانیاً اساساً ماهیت تصمیمات فوری ممکن است با مقررات عادی حکومتی متفاوت باشد؛ ثالثاً در تصمیمات فوری امکان محدودیت حقوق بنیادین و شهروندی مردم در جامعه متصور است؛ رابعاً مجلس شورای اسلامی متشکل از نمایندگان مردم متولی اصلی امر قانون‌گذاری است؛ به نظر در مواجهه با شرایط اضطراری اعمال سازوکار اصل ۷۹ ضروری است، اگرچه این سازوکار باید در مرحله دوم و پس از تصمیمات فوری اولیه شورای عالی امنیت ملی اعمال شود.

۳-۵. تصمیمات ثانویه (اصل ۱۷۶)

بنابر اصل انطباق یا سازگاری خدمات عمومی با مقتضیات و نیازهای روز، خدمت عمومی باید بتواند با توجه به الزامات و نیازهای خود همیشه تحول و با تغییرات و دگرگونی‌های ممکن منافع عمومی انطباق و سازگاری پیدا کند (عباسی لاهیجی، ۱۴۰۰، ص. ۵۱). به دلیل ماهیت متغیر احتمالی اوضاع، احوال، اقتضائات و اثرات وضعیت اضطراری، این مهم در شرایط اضطراری اهمیت بیشتری دارد؛ چراکه ممکن است مقررات مصوب مجلس مبتنی بر اصل ۷۹ مستلزم فوت مصالح و منافع عمومی یا امنیتی بوده و مصوبه مجلس نتواند وافی به مقاصد مد نظر در مدیریت بهینه موضوع باشد و لذا مصلحتی که در پذیرش اقدامات اولیه شورای عالی امنیت ملی وجود داشت، مجدداً ایجاد شود. در نتیجه باید سازگاری برای جلوگیری از این امر پیش‌بینی گردد که به نظر بهترین ظرفیت در قانون اساسی برای ملاحظات مذکور اطلاق اصل ۵۷ و اختیارات مطلقه ولایت‌فقیه می‌باشد و در راستای کل‌نگری به قانون اساسی با توجه به آنکه مصوبات شورای عالی امنیت ملی پس از تأیید رهبری قابل اجرا است، مناسب‌ترین چارچوب برای اعمال آن اصل ۱۷۶ می‌باشد.

۴-۵. تمدید مقررات (اصل ۷۹)

در اصل ۷۹ تمدید مقررات در شرایط اضطراری منوط به اجرای مجدد سازوکار مطروحه در آن اصل می‌باشد. بنابراین اگر دولت درصدد تمدید این مقررات باشد، باید تمام مراحل را از قبیل تصویب مجلس و تأیید شورای نگهبان طی کند و همان‌طور که در فوق نیز اشاره شد، اعمال تصمیمات ثانویه شورای عالی امنیت ملی نیز متصور است. لازم به ذکر است شورای نگهبان در این مرحله علاوه بر بررسی مصوبه از حیث مغایرت با شرع، قانون اساسی و سیاست‌های کلی نظام، بایستی از باب موضوع‌شناسی اصول ۵۷ و ۱۷۶ به تصمیمات ثانویه شورای عالی امنیت ملی توجه لازم را داشته باشد، اما بدیهی است تصمیمات اولیه شورای عالی امنیت ملی از آنجاکه مقید به زمان است، ملاک بررسی در شورای نگهبان نمی‌باشد.



نتیجه‌گیری

قانون‌گذار اساسی جمهوری اسلامی ایران در اصول ۷۹ و ۱۷۶ اقدام به تعبیه سازوکار مواجهه با شرایط اضطراری نموده است، نگرش نظام‌مند به قانون اساسی ایجاب می‌کند این دو اصل را باهم جمع نموده؛ به‌نحوی که در عمل هر کدام از این سازوکارها کارکردی غیرموازی با دیگری داشته باشد. این پژوهش در راستای پاسخ به این سؤال که سازوکار مطلوب مقرره‌گذاری در شرایط اضطراری مبتنی بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران چیست؛ ضمن تحلیل هر کدام از دو اصل فوق‌الذکر، پس از بررسی رویه نظام حکمرانی ایران در مواجهه با این شرایط و مطالعه تطبیقی نظامات حقوقی مشابه، سازوکار مطلوب را در یک فرایند چهار مرحله‌ای طرح کرده است؛ به این بیان که در مرحله اول که ابتدایی‌ترین مواجهه با بحران می‌باشد، از آنجاکه مدیریت اولیه وضعیت اضطراری مقتضی تصمیماتی فوری و اثرگذار به‌منظور مدیریت اولیه وضعیت اضطراری است؛ بایستی همچون نظام حقوقی فرانسه، پیش از اجرای سازوکار قانون‌گذاری که زمان‌بر است، سازوکاری چابک، فنی و تخصصی پیش‌بینی نمود. در نظام حقوقی ایران نیز با توجه به ماهیت و ساختار شورای عالی امنیت ملی و زمان‌بر بودن فرایند اصل ۷۹، مناسب‌ترین نهاد برای اخذ تصمیمات فوری اولیه بر اساس قانون اساسی این شورا

می‌باشد. البته همانند نظام حقوقی فرانسه، بایستی این تصمیمات از لحاظ زمانی محدود باشد که به نظر می‌رسد حد مناسب آن در نظام حقوقی ایران، اتمام فرایند تقنین مجلس می‌باشد. در مرحله دوم همانند نظام‌های حقوقی کشورهای ایتالیا، مصر، ترکیه و فرانسه بایستی مجلس شورای اسلامی به مثابه نهاد قانون‌گذاری به عنوان متولی اصلی امر تقنین با توجه به طرح راهکار قانونی مواجهه با شرایط اضطراری در اصل ۷۹، صلاحیت ذاتی مجلس در امر تقنین، امکان محدودیت حقوق بنیادین و تفاوت مقتضیات تصمیمات فوری با مقررات عادی کشور، اقدام به وضع محدودیت‌های ضروری نماید. همان‌طور که در نظام حقوقی ترکیه به ماهیت متغیر احتمالی اوضاع، احوال، اقتضائات و اثرات وضعیت اضطراری در طراحی سازکار مواجهه با شرایط اضطراری از طریق تفویض اختیار وضع محدودیت‌های ضروری به قوه مجریه توجه شده است، در مرحله سوم از آنجاکه امکان فوت برخی مصالح و منافع عمومی یا امنیتی در مصوبه مجلس وجود دارد و از طرفی مصوبات شورای عالی امنیت ملی به تأیید رهبری می‌رسد، به نظر با توجه به اطلاق اصل ۵۷ قانون اساسی، در صورت وجود این شرایط بایستی شورا صلاحیت وضع تصمیمات ثانویه را دارا باشد. در مرحله چهارم در صورت لزوم تمدید مقررات ناظر بر شرایط اضطراری، مجدداً باید سازوکار مرحله دوم با لحاظ تصمیمات ثانویه شورای عالی امنیت ملی توسط شورای نگهبان طی شود.

تدوین این سازوکار پیشنهادی در یک قالب حقوقی الزام‌آور ضروری به نظر می‌رسد، از آنجاکه یکی از تابعین این سازوکار شورای عالی امنیت ملی می‌باشد و این شورا یک نهاد فراقوه‌ای محسوب می‌گردد که مصوبات آن به تأیید رهبری می‌رسد؛ این قالب حقوقی باید در چارچوبی فراتر از قوانین عادی جای گیرد. با توجه به نظام حقوقی جمهوری اسلامی ایران و جایگاه رفیع ولایت امر، دو طریق برای اعمال این پیشنهاد متصور است: راه حل اول اعمال سازوکار اصل ۵۷ و حکم حکومتی ولایت فقیه می‌باشد. راه حل دوم نیز ارجاع امر از باب حل معضلات نظام به مجمع تشخیص مصلحت نظام براساس بند ۸ اصل ۱۱۰ قانون اساسی است.

یادداشت‌ها

۱. بسم الله الرحمن الرحيم؛ نظر به موقعیت استثنایی دفاع از کشور اسلامی و حساسیت فوق‌العاده آن، تا موقعی که جنگ‌افروزان به کار تجاوزگرانه خود ادامه می‌دهند، مراتب زیر اخطار و مقرر می‌شود:

۱- کلیه امور مربوط به جنگ در تحت نظر شورای عالی دفاع به‌اضافه یک نفر از نمایندگان از قبل مجلس شورای اسلامی باید اداره شود. و این شورا موظف است تمام قوای مسلح را هماهنگ نماید. و هیچ گروه یا شخصی تخلف از اوامر شورای مذکور نباید بکند. و در غیاب آقای خامنه‌ای و آقای چمران، دو نفر از نمایندگان که یکی از آنها رئیس مجلس شورای اسلامی است باید در شورا شرکت نمایند.

۲- در اداره مناطق جنگی، کلیه نیروها باید از شورای مذکور تبعیت نمایند و تصمیمات در این باره با شورای مذکور است.

۳- تبلیغات مطلقاً - چه به وسیله رادیو - تلویزیون یا مطبوعات - در تحت نظر شورای مذکور باید اجرا شود و رسانه‌های گروهی و مطبوعات حق پخش مصاحبات یا نطق‌ها و نوشته‌ها را بدون مراجعه و دستور از شورای مذکور ندارند.

۴- سیاست خارجی مربوط به دفاع با شورای مذکور است و کسان دیگر بدون اجازه حق دخالت ندارند.

۵- کلیه بیان‌ها و نوشته‌ها و تبلیغات و پخش اعلامیه‌ها بدون اجازه مستقیم از شورای مذکور جداً ممنوع است.

۶- دولت مأمور جلب متخلفین و تحویل به دادگاه‌های انقلاب است.

۷- دادگاه‌ها به جرائم، حسب وضع دفاعی و انقلابی عمل می‌کنند.

۸- شورا موظف است در مناطق جنگی نمایندگان تعیین نماید که به وسیله آنها امور انجام گیرد و موجب تأخیر نشود.

۲ ذی‌الحجه ۱۴۰۰؛ روح‌الله الخمينی

کتابنامه

آقابابایی، حسین (۱۴۰۰). مطالعه تطبیقی حقوق وضعیت اضطراری با نگاهی به مدیریت بیماری کووید ۱۹؛ از مبانی قانونی تا تجویز مداخله کیفری. حقوقی دادگستری، (۱۱۶)، صص. ۳۱-۱.

آقای طوق، مسلم (۱۴۰۱). بایسته‌های حقوق اساسی مدیریت وضعیت‌ها یا اضطراری با تأکید

- بر کووید ۱۹. تحقیقات حقوقی، (۹۷)، صص. ۷۶۷-۷۹۴.
- ابدی، سعیدرضا (۱۳۸۶). نگاهی به مقررات اضطراری در کشور ترکیه مصوب ۲۵ اکتبر ۱۹۸۳. فصلنامه حقوق اساسی، (۸)، صص. ۳۳۹-۳۵۲.
- اختری، محمدصابر (۱۳۹۶). مبانی و صلاحیت‌های شورای عالی امنیت ملی در اتخاذ تصمیم‌های تأمینی. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام)، تهران، ایران.
- ایمانی، عباس و قطمیری، امیررضا (۱۳۸۸). قانون اساسی در نظام حقوقی ایران. تهران: انتشارات نامه هستی.
- پناهی بروجردی، زهرا (۱۳۹۸). قاعده مصلحت و قاعده عدالت و رابطه آنها در حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه تهران، تهران، ایران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۰). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
- جلالی، علیرضا و ابوعطا، محمد (۱۳۹۹). وضعیت اضطراری و محدودیت حقوق بنیادین: بررسی اقدامات حکومت ایتالیا در مقابله با بیماری کرونا. پژوهش حقوق عمومی، (۶۷)، صص. ۶۲-۴۱.
- جمعی از نویسندگان (۱۳۹۹). محشای قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، ج ۱ و ۲.
- خلیلی شجاعی، فریور و عنابی، علیرضا (۱۳۹۸). جایگاه و اعتبار مصوبات ستاد ملی مبارزه با کرونا در سیستم حقوقی ایران. علم و وکالت، (۳)، صص. ۱۰۷-۱۲۲.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۸۵). فرهنگ متوسط دهخدا. تهران: دانشگاه تهران.
- زروندی رحمانی، حسین (۱۳۹۹). میزان اختیارات و مسئولیت دولت در ایجاد محدودیت برای بیماران مبتلا به کرونا و مبانی آن. پاسخ، (۱۸)، صص. ۹۹-۱۲۴.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۴). حقوق تطبیقی. تهران: سمت.
- طاهرزاده، آزاده (۱۳۹۴). نظریه وضعیت اضطراری در نظام حقوق اساسی ایران در پرتو اصل حاکمیت قانون با نگاه ویژه به اصل ۷۹ قانون اساسی. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه آزاد اسلامی مرودشت، مرودشت، ایران.
- عباسی لاهیجی، بیژن (۱۴۰۰). حقوق اداری تطبیقی. تهران: دادگستر.
- عباسی، هاجر (۱۳۹۲). بررسی وضعیت اضطراری در حقوق اساسی ایران. (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). تهران: دانشگاه تهران.

غمامی، سید محمدمهدی (۱۳۹۶). *دایرةالمعارف حقوق عمومی*. تهران: دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).

غمامی، سید محمدمهدی (۱۳۹۹). مطالعه تطبیقی مدیریت وضعیت اضطراری محل بهداشت و سلامت عمومی؛ مطالعه موردی بیماری کرونا (کوید-۱۹). *تعالی حقوق*، (۲)، صص. ۱۶۷-۲۰۱.

فغان‌نژاد، سعدالله و نوری، مهدی (۱۳۹۱). بررسی حقوق شهروندی در وضعیت بحران مطالعه تطبیقی حقوق ایران، فرانسه و آمریکا. *مدیریت بحران*، (۱)، صص. ۶۹-۸۱.
محبی، داود و کرمی، حامد (۱۳۹۵). ماهیت‌شناسی الگوهای پاسخ به وضعیت اضطراری با تأکید بر قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران. *آفاق امنیت*، (۳۲)، صص. ۶۷-۹۸.
مظهری، محمد؛ قاسم‌آبادی، مرتضی و مرنندی، سمیه (۱۳۹۴). بررسی تطبیقی مسئله اعلان حکومت نظامی و حالت محدودیت‌های ضروری (فوق‌العاده) در نظام حقوقی ایران و مصر. *پژوهش‌نامه حقوق تطبیقی*، (۲)، صص. ۱۶۱-۱۸۶.

مقدسی، مهدی و اکبری، احسان (۱۳۹۶). جایگاه حقوقی مصوبات شورای عالی امنیت ملی در نظام حقوق اساسی ایران. *مطالعات حقوق عمومی*، (۴)، صص. ۸۷۳-۸۹۳.
نجم‌زاده هنجنی، مجید (۱۳۹۹). تحلیل حقوقی وضع محدودیت‌های ناشی از همه‌گیری کرونا در حقوق ایران؛ در جستجوی اداره صلاحیت‌دار. *حقوق اداری*، (۲۳)، صص. ۲۲۵-۲۴۵.
ورعی، سید جواد (۱۳۸۵). *مبانی و مستندات قانون اساسی به روایت قانون‌گذار*. قم: انتشارات دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری.

هاشمی، سید محمد (۱۳۹۳). *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*. تهران: میزان.

Angiulli, G. (2009). *The state of emergency in Italy, A Summer School on Comparative Interpretation of European (4th Edition)*. University of Toronto.

Çetin, N. (2020). State of Emergency in Turkey (July 2016-July 2018): A Case of Utilization of Law as, *International Journal of Business, Human and Social Sciences*, 14(6), pp. 474-479.

Civitaresse Matteucci, S.; Pioggia, A.; Repetto, G.; Tega, D.; Pignataro, M.; Celepija, M.; Ferrara, L.; Piazza, I. & Cavasino, E. (2022). *Italy: Legal Response to Covid-19, Encyclopedia entries*. The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-1925.

مغایرت موادی از آیین نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات های مستقیم با

مبانی فقهی و قواعد حقوقی؛ بررسی مصداقی مشارکت مدنی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۰۵

حمیدرضا صالحی*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۲

محمد رضا عباسی**

نوع مقاله: پژوهشی

علی احمدی بیاضی***

چکیده

آیین نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات های مستقیم یکی از مهم ترین آیین نامه های اجرایی این قانون است که چگونگی تعامل سازمان مالیاتی با مؤدیان و نحوه انجام تکالیف مأموران در آن تبیین شده است. یافته های این پژوهش که به صورت توصیفی تحلیلی انجام شده، حاکی از این است که آیین نامه مذکور در موارد متعددی قوانین و اصول حقوقی را نقض نموده است. تعارض آیین نامه مذکور در بُعد مشارکت مدنی بیشتر محسوس است؛ البته در قسمت های دیگر نیز اختلاف آیین نامه با مقررات مشهود است، من جمله؛ اولاً. برخلاف ماده ۱۰۱ قانون مالیات های مستقیم، بعد از یک سال، معافیت مذکور بین شرکای قهری و اختیاری به طور مساوی تقسیم می شود. برخلاف ماده ۲۰۳ قانون مالیات های مستقیم و آیین دادرسی مالیاتی، اجازه داده شده است که اوراق به شریک نیز ابلاغ شود و برای شرکایی که هر یک شخص حقیقی علی حده ای هستند، فقط یک برگ تشخیص صادر شود. آیین نامه مورد بحث، مسئولیت شرکاء در پرداخت بدهی مالیاتی را تضامنی اعلام نموده، در حالی که در نظام فقهی و حقوقی ایران، مسئولیت تضامنی صرفاً در موارد مصرحه قابل قبول است؛ ثانیاً. برخلاف ماده ۵۴ قانون مالیات های مستقیم، به رئیس سازمان امور مالیاتی اجازه رسیدگی به اختلافات ناشی از این ماده اعطاء شده است. قانون مالیات های مستقیم برای قانونمند نمودن محاسبه درآمد و هزینه، ضرایب مالیاتی را منسوخ اعلام کرده بود حال آنکه آیین نامه مذکور آنها را بدون ضابطه و با عنوانی دیگر برقرار کرده است. این مقاله به آسیب شناسی آیین نامه فوق الاشعار در تطابق با اصول و موازین حقوقی پرداخته و در خاتمه نیز پیشنهاد های مقتضی ارائه شده است.

واژگان کلیدی: آیین نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات های مستقیم، ابلاغ، مسئولیت تضامنی، مشارکت مدنی.

Salehi_hamid1202@yahoo.com

* استادیار، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.

** دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Mra1390@yahoo.com

Ahmadiali1356@yahoo.com

*** عضو هیئت علمی گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران.



آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌ها یکی از مهم‌ترین آیین‌نامه‌های مالیاتی است. در حقیقت، چگونگی تعامل و برخورد مأموران مالیاتی با مؤدیان در این آیین‌نامه تبیین شده است. ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌ها بیان داشته است: «شناسایی و تشخیص درآمد مشمول مالیات، مطالبه و وصول مالیات موضوع این قانون به سازمان امور مالیاتی کشور محول می‌شود که به موجب بند (الف) ماده ۵۹ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران ایجاد شده است. نحوه انجام دادن تکالیف و استفاده از اختیارات و برخورداری از صلاحیت‌های هر یک از مأموران مالیاتی و اداره امور مالیاتی و همچنین ترتیبات اجرای احکام مقرر در این قانون به موجب آیین‌نامه‌ای خواهد بود که حداکثر ظرف مدت شش ماه پس از تصویب این قانون به پیشنهاد سازمان امور مالیاتی کشور، به تصویب وزیر امور اقتصادی و دارایی خواهد رسید». آیین‌نامه‌ای که در تاریخ ۱۳۹۸/۰۹/۰۹ در این راستا تصویب شده، آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم از ابعاد مختلف قابل نقد است. در این نوشتار، مقررات این آیین‌نامه با قانون مالیات‌های مستقیم و دیگر قوانین و مقررات جاری، مورد مقایسه و تطبیق قرار گرفته و در خاتمه نیز پیشنهادات مقتضی ارائه شده است. با توجه به اینکه یکی از مهم‌ترین مستندات دیوان عدالت اداری، منابع فقهی است، لذا گاهی در این نوشته به مبانی مذکور نیز توجه شده است. در این نوشتار، مطالب در سه قسمت فراهم آمده است:

الف) مقررات مشارکت مدنی در آیین‌نامه مذکور و تعارض آن با قوانین و اصول حقوقی.

ب) چگونگی محاسبه معافیت ماده ۱۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم بین ورثه و مقایسه آن با آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم.

ج) بررسی نقض تبصره (۳) ماده ۵۴ و ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم توسط آیین‌نامه مرقوم.

۱. مقررات مشارکت مدنی در آیین‌نامه مذکور و تعارض آن با قوانین و اصول حقوقی

در موارد متعددی در آیین‌نامه مذکور به مفهوم مشارکت مدنی در نظام حقوقی ایران توجه

نشده است، بنابراین لازم است ابتدا مفهوم مشارکت مدنی در فقه امامیه و حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد و تفاوت آن با شرکت‌های تجاری در قانون تجارت تبیین شود.

۱-۱. مفهوم مشارکت مدنی و تفاوت آن با شرکت تجاری

در نظام حقوقی ما دو نوع شرکت وجود دارد:

الف) شرکت تجاری: قانون تجارت ایران تعریفی از شرکت تجاری ارائه نموده و فقط به احصاء اقسام آن پرداخته است (صقری، ۱۳۹۳، ج ۱، ص. ۷۴). در تعریف این شرکت بیان داشته‌اند: «شرکت تجاری عبارت است از سازمانی که بین دو یا چند نفر تشکیل می‌شود که در آن هر یک سهمی به صورت نقدی یا جسم یا کار خود در بین می‌گذارند تا مبادرت به عملیات تجاری نموده و منافع و زیان‌های حاصله را بین خود تقسیم کنند» (ستوده تهرانی، ۱۳۴۶، ج ۱، ص. ۱۷۲). بعضی از اساتید حقوق تجارت با نقد تعریف فوق بیان داشته‌اند: «شرکت تجاری، قراردادی است که به موجب آن یک یا چند نفر توافق می‌کنند سرمایه مستقلی را که از جمع آورده‌های آنها تشکیل می‌شود، ایجاد کنند و به مؤسسه‌ای که برای انجام مقصود خاصی تشکیل می‌گردد، اختصاص دهند و در منافع و زیان‌های احتمالی حاصل از به‌کارگیری سرمایه سهم شونند» (اسکینی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص. ۱۵).

ب) مشارکت مدنی: در تعریف شرکت مدنی، قانون مدنی چنین بیان داشته است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه» (ماده ۵۷۱ قانون مدنی). تعریف مذکور از فقه اقتباس شده است. فقها از تعبیری مانند: «اجتماع حقوق الملاك فی شیء الواحد علی سبیل الشیاع» (محقق حلی، بی‌تا، ص. ۲۷۳؛ طباطبائی مجاهد، بی‌تا، ج ۱، ص. ۱۸۳؛ شهید ثانی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۳۰۱؛ محقق سبزواری، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۶۱۸ و علامه حلی، بی‌تا، ص. ۳۲۵) و برخی نیز چنین بیان داشته‌اند: «اجتماع حقوق مالکین فصاعدا فی شیء الواحد بالشیخص علی سبیل الاشاعه» (مامقانی، ۱۴۰۴، ص. ۲۸۵). انتقاداتی به تعریف شرکت مدنی در ماده ۵۷۱ قانون مدنی، صورت پذیرفته است، برخی بیان داشته‌اند تعریف مذکور تعریف شرکت نیست، بلکه ماده ۵۷۱ مبین اشاعه است (عدل، ۱۳۸۹، ص. ۳۷۲). در جواب این انتقاد پاره‌ای از نویسندگان نیز گفته‌اند تعریف مذکور تعریف «عقد شرکت» نیست، بلکه شرکت به

طور مطلق بوده و انگهی اشاعه یکی از عناصر تشکیل‌دهنده شرکت تلقی می‌شود (حسینی تهرانی، ۱۳۶۵، ص. ۳۵). به نظر می‌رسد که قانون مدنی مفهوم تعابیر اشاعه و شرکت را درهم آمیخته است (سیدی آرانی، ۱۳۹۳، ص. ۲۵۵).

با وجود نقدی که به تعریف فوق‌شده، قدر متیقن این است که بین شرکت مدنی و شرکت تجاری در نظام حقوقی ما تفاوت‌های قابل توجهی وجود دارد؛ درست است که برای تحقق هر یک از دو نوع شرکت دو یا چند حق مالکیت با هم درمی‌آمیزد، در مورد شرکت‌های تجاری، مالکیت‌های جزء اصالت خود را از دست می‌دهند و در یک مالکیت جمعی و مشترک ادغام می‌شوند ولی در نظام حقوقی ما اتحاد مالکیت‌ها در شرکت مدنی به کمال نمی‌رسد؛ درست است که به حالت اجتماعی درمی‌آید، ولی مالکیت‌ها اصالت خود را از دست نمی‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۹).

اجتماع مذکوره در صور مختلف حاصل می‌شود: الف) ممکن است از امتزاج موضوع مالکیت‌ها حاصل شود؛ به نحوی که آنها قابل تمییز نباشند مثل امتزاج روغن دو نفر، ب) ممکن است مشارکت در اثر یک واقعه حقوقی حاصل شود مانند اینکه خانه‌ای در اثر فوت متوفی به ورثه وی برسد (امامی، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۵۷، ج) مالکان به اختیار قبول می‌کنند که مالکیت خصوصی و مستقل به مالکیت اشتراکی تبدیل شود. خصیصه مشارکت مدنی در تمام موارد فوق این است که حقوق هر یک از شریکان اصالت خود را از دست نمی‌دهد و در مالکیت جمعی منحل نمی‌شود، منتها در عالم خارج، آمیخته با حق دیگران است، به گونه‌ای که در هر جزء وجود دارد، بدون اینکه بتوان مصداق مستقل و جداگانه برای آن تعیین نمود. این شرکت‌ها شخصیت حقوقی پیدا نمی‌کنند، زیرا فرض بر این است که اموال شریک به خود آنها متعلق است و سود و زیان ناشی از اداره مال مشاع به آنها می‌رسد.

مواد متعددی از قانون مالیات‌های مستقیم به تبیین مقررات مالیاتی مشارکت مدنی پرداخته است. تبصره ماده ۹۳ قانون مالیات‌های مستقیم اظهار داشته است: «درآمد شرکت‌های مدنی (اعم از اختیاری یا قهری) و همچنین درآمدهای ناشی از فعالیت‌های مضاربه در صورتی که عامل (مضارب) یا صاحب سرمایه شخص حقیقی باشد، تابع مقررات این فصل می‌باشد».

تبصره (۱) ماده ۱۰۱ نیز به چگونگی اعطای معافیت موضوع ماده مذکور به

مشارکت مدنی پرداخته و بیان داشته است: «در مشارکت‌های مدنی اعم از اختیاری و قهری، شرکاء حداکثر از دو معافیت استفاده خواهند کرد و مبلغ معافیت به‌طور مساوی بین آنان تقسیم و باقی‌مانده سهم هر شریک، جداگانه مشمول مالیات خواهد بود...».

مفهوم مشارکت مدنی در قانون مالیات‌ها دارای اهمیت زیادی است، به همین دلیل مباحث متعددی نیز در این باره مطرح شده است. شورای عالی مالیاتی در صورتجلسه شماره ۲-۲۰۱ مورخ ۱۳۹۸/۳/۱ در پاسخ به این سؤال که آیا در مشاغلی که نیاز به تخصص و جوازهای خاص است، مانند سردفتری دفاتر اسناد رسمی، پزشکی و نمایندگی بیمه و غیره مشارکت مدنی صحیح بوده یا خیر؟ شورای عالی مالیاتی قراردادهای مذکور را صرفاً قراردادی منطبق با ماده ۱۰ قانون مدنی تلقی نموده و تسری معافیت ماده ۱۰۱ به آن را صحیح ندانسته است. هیئت تخصصی مالیاتی، بانکی دیوان عدالت اداری نیز طی رأی شماره ۸۳-۱۰۰۷۶-۱۰۰۶۰۹۹۷۰۹۰۶۰۰۹۹۷۰۹۰۶۰۰۰ نیز نظر مذکور را تأیید نموده است. نظر شورای عالی مالیاتی و در نتیجه رأی هیئت تخصصی دیوان عدالت اداری از سه بُعد جای تأمل است:

الف) در فقه نیز این‌گونه قراردادهای شرکت مدنی تلقی شده است برخی از علما ضمن احصاء برخی از مصادیق حصه در مشارکت مدنی، نقد، اوراق مالی، منقول، عقار، حق انتفاع، عمل، اسم تجاری، حق اختراع را در زمره حصه قرار داده‌اند. وی بیان داشته است؛ هر چیزی که قابلیت التزام را دارد، قابلیت این را دارد که به‌عنوان حصه‌ای در شرکت قرار گیرد. بنابراین به نظر می‌رسد که حتی از منظر فقهی نیز عقد مذکور مشارکت است (موسوی اردبیلی، بی‌تا، ص. ۱۲۳).

ب) شخصی سرمایه لازم برای یک متخصص را تأمین می‌کند تا در عایدی وی شریک شود، ماهیت این قرارداد، چیزی به غیر از شرکت نیست، و شرکت نیز دو نوع است، یا تجاری بوده و یا مدنی است. مشارکت موصوف؛ شرکت تجاری نیست، بنابراین شرکت مدنی است.

ج) مهم‌ترین ایرادی که به نظر شورا وارد می‌شود این است که فرض کنیم که عقد مذکور، مشارکت نباشد، چند معافیت باید به اطراف عقد مذکور اعطاء شود؟ قانون مالیات‌های مستقیم در ماده ۱۰۱ بیان می‌کند که هر یک از صاحبان مشاغل از یک

معافیت ماده ۱۰۱ بهره‌مند می‌شوند. فقط به یک گروه از افرادی که در موعد مقرر اظهارنامه تسلیم می‌نمایند، معافیت اعطاء نمی‌شود؛ و آن هم شرکای مشارکت مدنی است. بنابراین اگر قرارداد مذکور، شرکت مدنی تلقی نشود، باید به هر یک از اطراف قرارداد، یک معافیت اعطاء شود، نه اینکه اصلاً معافیت اعطاء نشود. به تعبیر دیگر، در مشارکت مدنی اگر دو معافیت اعطاء می‌شود، در صورتی که قرارداد مشارکت مدنی تلقی نشود و اطراف عقد ده نفر باشند، همه آنها از معافیت مذکور بهره‌مند خواهند شد (عباسی و فیضی چکاب، ۱۳۹۹، صص. ۱۱۶-۱۲۴).

۱-۲. تعارض آیین‌نامه مذکور با مقررات مربوط به مشارکت مدنی در قانون مالیات‌های مستقیم و مبانی فقهی و حقوقی

با توجه به مطالب فوق، به نظر می‌رسد رویکرد آیین‌نامه درباره مشارکت نسبت به موارد زیر قابل نقد است:

۱-۲-۱. ابلاغ برگ تشخیص

آیین‌نامه مرقوم بیان داشته است: «ابلاغ کلیه اوراق مشارکت از جمله برگ تشخیص یا مطالبه یا قطعی مالیاتی به صورت الکترونیکی و یا فیزیکی به هر یک از شرکاء و یا مستخدمین مشارکت، در حکم ابلاغ به مشارکت (مؤدی) می‌باشد. (بند ۳ ماده ۴۳ آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم)».

این آیین‌نامه اجازه داده است که برگ تشخیص به هر یک از شرکاء ابلاغ شود! این در حالی است که ابلاغ برگ تشخیص به شریک هیچ مبانی قانونی ندارد و در حقیقت، آیین‌نامه در این قسمت، قوانین مالیات‌های مستقیم و آیین‌دادرسی مدنی را نقض کرده است، زیرا:

اولاً. براساس قواعد، پیام و اوراق را نمی‌توان به غیر از شخص مخاطب، به شخص دیگری ابلاغ نمود، مگر اینکه ارسال‌کننده پیام و اوراق، این اجازه را داده باشد که اوراق به‌نحو دیگری ابلاغ یا به شخصی دیگر ابلاغ شود. دقیقاً بر همین اساس است که قانون مالیات‌های مستقیم در صدر ماده ۲۰۳ به‌عنوان اولین ماده از مواد مربوط به ابلاغ، این‌چنین مقرر کرده است: «اوراق مالیاتی به‌طور کلی باید به شخص مؤدی ابلاغ و در نسخه ثانی رسید اخذ گردد...». براین‌اساس، در مورد اوراق قانونی نیز،

- اوراق مذکور باید صرفاً به شخص مخاطب ابلاغ شود، مگر مقنن خلاف آنرا تصریح کرده باشد که چنین تصریحی وجود ندارد.
- ثانیاً. به استناد ماده ۲۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم، اوراق مالیاتی باید به شخص مؤدی ابلاغ شود. مقنن برای تسهیل امر ابلاغ اجازه داده است تحت شرایطی، صرفاً به بستگان یا مستخدمین مؤدی نیز ابلاغ شود. شرایط مذکور عبارت است از:
- به خود مؤدی دسترسی پیدا نشود.
 - شخصی که به وی ابلاغ صورت می‌پذیرد، سن ظاهری وی برای تمییز اهمیت اوراق مورد ابلاغ کافی باشد.
 - ابلاغ فقط در محل سکونت یا محل کار مؤدی، به مستخدمین و بستگان آنها صحیح است، بنابراین اگر بستگان مؤدی یا مستخدمین وی به اداره مراجعه کنند، اوراق را نمی‌توان به آنها ابلاغ نمود. همچنین اوراق مذکور را نمی‌توان در یک محل دیگر به افراد مذکور ابلاغ کرد.
 - بین مؤدی و شخصی که اوراق را دریافت می‌کند تعارض منفعت نباشد. این شرط از ماده ۹۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ اقتباس شده، مع‌الوصف، شرط مذکور در قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ ذکر نشده است (محمدی، ۱۴۰۰، ص. ۱۱۶).
- ثالثاً. قانون مالیات‌های مستقیم در ماده (۲۰۹) درباره ابلاغ، مقررات آیین دادرسی مدنی را مبنا قرار داده و چنین اشعار داشته است: «مقررات آیین دادرسی مدنی راجع به ابلاغ، جز در مواردی که در این قانون مقرر شده است، در مورد ابلاغ اوراق مالیاتی اجرا خواهد شد». قانون آیین دادرسی مدنی نیز چنین بیان داشته است: «هر گاه مأمور ابلاغ نتواند اوراق را به شخص خوانده برساند، باید در نشانی تعیین شده به یکی از بستگان یا خادمان او که سن و وضعیت ظاهری آنان برای تمییز اهمیت اوراق یادشده کافی باشد، ابلاغ نماید و نام و سمت گیرنده اختاریه را در نسخه دوم قید و آنرا اعاده کند» (ماده ۶۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹). بدیهی است که در مشارکت مدنی، شخصیت حقوقی حاصل نمی‌شود؛ بنابراین، امکان ابلاغ اوراق مالیاتی به‌موجب ماده (۲۰۶) قانون مالیات‌های مستقیم

وجود ندارد.

به نظر می‌رسد طرز بیان آیین‌نامه نیز جای نقد جدی دارد زیرا آیین‌نامه مرقوم این‌چنین بیان داشته است: «ابلاغ کلیه اوراق مشارکت... به هر یک از شرکاء و یا مستخدمین مشارکت در حکم ابلاغ به مشارکت (مؤدی) می‌باشد». این امر مبین این است که نویسندگان آیین‌نامه به مشارکت مدنی نیز شخصیت حقوقی بخشیده‌اند و آلا ابلاغ به مشارکت معنی ندارد. مشارکت مدنی برخلاف شرکت‌های تجاری دارای شخصیت حقوقی نیست و ابلاغ به آنها معنی ندارد. لازم به ذکر است که نمی‌توان «مشارکت» را حتی مجازاً نیز به‌عنوان «مؤدی» تلقی کرد لذا از این حیث نیز آیین‌نامه مذکور فاقد مبنا و در تغایر با اصول و مبانی متقن حقوقی است.^۱

۲-۲-۱. اعتراض یا تمکین همه شرکاء

وفق بند (۴) ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم: «در صورت اعتراض هر یک از شرکاء به برگ تشخیص مالیات یا مطالبه یا آراء هیئت‌های حل اختلاف مالیاتی، پرونده مشارکت با رعایت مقررات مربوط قابل رسیدگی در مراجع مربوط خواهد بود». به موجب بند اخیر و همچنین رویه عملی سازمان امور مالیاتی که به تازگی اتخاذ شده و برخلاف رویه سنوات گذشته است، در صورت اعتراض هر یک از شرکاء، پرونده مشارکت به مراجع حل اختلاف ارجاع داده می‌شود، گو اینکه به موجب این بند اتحاد مالکیت‌ها به حالت اجتماع درمی‌آید، مالکیت هر یک از شرکاء اصالت خود را از دست می‌دهند و در مالکیت جمعی منحل می‌شود. لذا صحبت از «پرونده مشارکت» شده است. درحالی‌که ممکن است یک یا چند نفر از شرکاء اعتراضی نداشته باشند. از تعبیر «پرونده مشارکت» حداقل برخی از ادارات امور مالیاتی این استنباط را دارند که در صورت اعتراض یکی از شرکاء، «پرونده مشارکت» به هیئت حل اختلاف مالیاتی ارجاع شده و هیئت نسبت به همه شرکاء نظر می‌دهد، البته این دیدگاه صحیح نیست و در نظام حقوقی ما مالکیت هر یک از شرکاء در مشارکت مدنی اصالت خود را از دست نمی‌دهند.

باید توجه داشت که قانون مالیات‌های مستقیم، نه حکمی درباره مشارکت مدنی دارد و نه در جایگاه تبیین مقررات مشارکت است. مقررات مربوط به مشارکت مدنی

در قانون مدنی و در مواد ۵۷۱ به بعد مورد بررسی قرار گرفته است. با توجه به مقررات مشارکت مدنی، بند (۴) ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی از جهات مختلف دارای ایراد است:

اولاً. هم‌چنان‌که سابقاً بیان شد، در نظام حقوقی ایران، در مشارکت مدنی، مالکیت‌های جزء، اصالت خود را به‌طور کامل از دست نمی‌دهند و اگر هر یک از آنها به‌طور صریح به دیگری اجازه نداده باشد، وی نمی‌تواند بدون اجازه شرکاء نسبت به سهم شریک دخالت نماید. هیچ‌یک از قوانین به ویژه قانون مدنی، حقوق شرکاء را به هم پیوند نزده است و آنها را منوط به هم نکرده است. ماده ۵۷۸ قانون مدنی در این خصوص این‌گونه بیان داشته است: «شرکاء همه وقت می‌توانند از اذن خود رجوع کنند...». علاوه‌براین، ماده ۵۸۱ قانون مدنی نیز بیان داشته است که تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از اذن باشد فضولی است. فقها نیز در این باره اتفاق نظر داشته و بیان فرموده‌اند: «... ولیس لاحد الشركاء التصرف فی المال المشترك الا باذن الجميع لقبح التصرف فی مال الغير بغیر اذنه عقلاً و شرعاً، و يقتصر من التصرف علی الماذون علی تقدیر حصول الاذن فان تعدی الماذون» (شهید ثانی، بی‌تا، ج ۴، ص. ۴۳۷)؛ هیچ‌یک از شرکاء حق تصرف در مال مشترک را جز با اذن تمامی شرکاء ندارند زیرا تصرف در مال دیگران بدون اذن آنها از نظر عقل و شرع قبیح است و در صورت بودن اذن هم باید در تصرف به مقدار ماذون اکتفا گردد و اگر از قدر ماذون تجاوز نماید ضامن است.

ثانیاً. این امر با حقوق مؤدیان مالیاتی مغایرت دارد؛ زیرا اجبار نمودن شریک به تبعیت از شریک دیگر در اقامه دعوی، موجب ایجاد محدودیت برای مشارالیه است و به نظر می‌رسد که با حقوق بنیادین وی در تقابل باشد.

ثالثاً. هم‌چنان‌که گفته شد، در مشارکت‌های مدنی، مالکیت‌های جزء، اصالت خود را به‌طور کامل از دست نمی‌دهند؛ به همین جهت ممکن است در محل اشتغال به‌کار مشارکت، هر یک از شرکاء به تنهایی نیز اقدام به فعالیت یا انجام معامله جداگانه‌ای نیز بنمایند، بنابراین، درآمدهایی داشته باشند که شریک دیگرشان نداشته باشد. شایان ذکر است هیچ ممنوعیتی چه از نظر حقوق خصوصی و چه از منظر حقوق

عمومی برای فعالیت انفرادی شرکای شرکت مدنی وجود ندارد و هیچ امری نمی‌تواند مانع انجام معاملات انفرادی شرکاء شود. مشاهدات تجربی نیز نشان داده است که هر یک از شرکاء در محل شرکت اقدام به فعالیت‌های انفرادی می‌نمایند. بنابراین، اگر شریکی فقط نسبت به این معاملات بخواهد اعتراض کند، چه نیازی دارد که شریک یا شرکای دیگر، ملزم به شکایت و تبعیت از او شوند؟! رابعاً. بالاتر دید، این مقرر مخرج زیادی را به سازمان مالیاتی تحمیل می‌کند؛ زیرا با اعتراض هر یک از شرکاء به برگ تشخیص یا مطالبه یا آراء هیئت حل اختلاف مالیاتی، پرونده مشارکت به مراجع حل اختلاف مالیاتی ارجاع خواهد شد. مقررات باید به نحوی تدوین شوند که امکان حداکثر وصولی و حداقل اعتراض را فراهم نمایند؛ نه اینکه مؤدیانی هم که بخواهند تمکین کنند، آیین‌نامه آنها را مجبور به اعتراض نمایند!

۳-۲-۱. صدور برگ تشخیص برای مشارکت

وفق بند (۲) آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، حسابرسی و صدور برگ تشخیص و مطالبه قطعی مالیات عملکرد برای مشارکت انجام می‌شود، لیکن سهم درآمد مشمول مالیات و مالیات هر یک از شرکاء به صورت جداگانه در برگ تشخیص مالیات تعیین می‌شود. یکی از اشتباه‌های مبنایی این آیین‌نامه، صدور برگ تشخیص برای مشارکت است؛ این اشتباه موجب بروز بسیاری از اشتباه‌های دیگر است. صدور برگ تشخیص برای تمام شرکاء در یک برگ موجب می‌شود که نتوان اوراق هر یک از شرکاء را به خود آنها ابلاغ نمود. همچنین این امکان موجود نمی‌شود که شرکاء بتوانند به‌طور انفرادی در دادرسی مالیاتی شرکت نمایند. علاوه بر آن، ممکن است در محل مشارکت، هر یک از شرکاء به‌طور انفرادی نیز معاملاتی را انجام داده باشند که در این صورت قابلیت‌های لازم برای محاسبه آن موجود نخواهد بود.

شاید خود این رویکرد نیز به دلیل استفاده از سیستم‌های وارداتی باشد. در برخی از نظام‌های حقوقی دنیا، حقوق شرکاء اصالت خود را از دست می‌دهد و اتحاد مالکیت‌ها به کمال خود می‌رسد (سیدی آرانی، ۱۳۹۶، ص. ۲۷). با وجود این، نظام حقوقی ایران، متفاوت از نظام‌های مذکور است و در شرکت مدنی، اتحاد مالکیت‌ها به معنای واقعی

کلمه ایجاد نمی‌شود. به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران از این جهت که گستره وسیعی از نهادهای حقوقی را با قابلیت‌های مختلف در خود جای داده قابل دفاع است، ضمن اینکه به آزادی اراده‌ها نیز احترام گذاشته است. بنابراین هیچ ضرورتی ندارد که ما از نهادهای حقوقی خارجی که هیچ برتری به نهادهای حقوقی بومی ندارد، تبعیت کنیم.

۴-۲-۱. مسئولیت تضامنی

سؤالی که در این جا مطرح می‌شود این است که اگر دو یا چند نفر بدهکار باشند، طلبکار به چه نحوی می‌تواند به آنها مراجعه کند؟ در این خصوص جواب‌های ذیل قابل طرح است:

یک) طلبکار می‌تواند به هر یک از شرکاء برای مطالبه کل دینش مراجعه کند. در این صورت، اگر به هر دلیلی به یکی از آنها دسترسی نداشته باشد، می‌تواند برای مطالبه تمام دین خود به دیگری مراجعه کند. به تعبیر دیگر، برای وصول بدهی نسبت به سهم شریک یا شرکای دیگر نیز می‌تواند به شریکی که به وی دسترسی پیدا کرده است مراجعه نماید.

دو) طلبکار فقط نسبت به دین هر یک از آنها بتواند به آنها مراجعه کند و طلبکار نتواند نسبت به سهم دیگری به وی مراجعه کند.

اگر طلبکار این اجازه را داشته باشد که بتواند برای مطالبه همه دین به هر یک از آنها مراجعه کند، «مسئولیت تضامنی»، ولی اگر مجاز نباشد نسبت به دین دیگری به شریک دیگر مراجعه کند و برای مطالبه دین هر کسی به نسبت دین او فقط به خود وی حق مراجعه داشته باشد، «مسئولیت نسبی» خواهد بود. در اینکه کدام یک از دو روش صحیح است باید گفت: در کلیه مواردی که به موجب قوانین یا موافق قراردادهای خصوصی، مسئولیت تضامنی یا نسبی باشد، طلبکار می‌تواند مطابق قانون مذکور یا قرارداد خصوصی دین خود را از بدهکاران مطالبه کند.

سؤالی که در این جا قابل طرح است این است که اگر قرارداد خصوصی یا قانون خاصی نباشد، دین چگونه پرداخت می‌شود؟ دو نوع تضامن وجود دارد:

الف) تضامن قراردادی؛

ب) تضامن قانونی.

تضامن قراردادی و قانونی هر دو خلاف اصل بوده و در حقوق خصوصی و فقه، مسئولیت تضامنی به سختی و با تردید پذیرفته شده است. گفته شده که خلاف اصل بودن تضامن قراردادی از قاعده انحلال‌پذیری عقد و تعهد ناشی می‌شود، زیرا، تضامن مانع اعتباری برای تجزیه تعهدی است که بنابر طبیعت خود و روال متعارف باید به اعتبار تعدد بدهکار بین آنان تقسیم شود (کاتوزیان، ۱۴۰۱، ص. ۲۰۵). بسیاری از قوانینی که مسئولیت تضامنی متعهدان پرداخت یک دین را مقرر می‌کند، ریشه خارجی داشته و هدف آنها یا تضمین حق بوده و یا حفظ نظم عمومی. در نظام حقوقی برخی از کشورها گفته شده است که در امور تجارتي، پرداخت به‌طور تضامنی صورت می‌پذیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۱۵۳). گرچه قانون مدنی فرانسه اصل را عدم تضامن اعلام داشته است ولی رویه قضایی فرانسه با اتکا به عرف و استقراء در روابط بازرگانی اصل را تضامن بدهکاران شمرده و در این زمینه به حقوق آلمان نزدیک شده است (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص. ۲۰۶). اینکه آیا این دیدگاه در نظام حقوقی ما نیز پذیرفته است باید متذکر شد که بر اساس نظریه فقهای امامیه، اصل بر شخصی بودن مسئولیت است، مگر اینکه مقنن خود به تضامنی بودن آن تصریح نموده باشد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۶، ص. ۵۶۸؛ قاسم‌زاده، ۱۳۹۵، ص. ۳۹۸؛ ره‌پیک، ۱۳۸۱، ص. ۵۰ و تقی‌زاده، ۱۳۹۳، ص. ۱۱۷). خصوصاً آنکه آیه شریفه فرموده است: «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ» (مدرثر / آیه ۳۸) و «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (انعام / آیه ۱۶۳).

با امعان نظر به توضیحات فوق و توجهاً به بند (۵-۱) از ماده (۴۳) آیین‌نامه مرقوم که چنین بیان داشته است: «در خصوص هر نوع مالیات و جرایم دیگری که نوعاً مربوط با فعالیت مشارکت می‌باشد از جمله مالیات‌های تکلیفی، حقوق، جرایم موضوع ماده ۱۶۹ قانون و مالیات بر ارزش افزوده، حساب مشترکی برای مشارکت ایجاد و تمامی شرکاء نسبت به پرداخت آن مسئول می‌باشند»، به نظر می‌رسد اگرچه نویسندگان آیین‌نامه مذکور به صراحت بیان نکرده‌اند که منظورشان از اینکه مسئول هستند، چه نوع مسئولیتی است، ولی با توجه به این عبارت که «تمامی شرکاء نسبت به پرداخت آن مسئول می‌باشند» نشان می‌دهد که منظور آنها «مسئولیت تضامنی» است. به عبارت دیگر، سازمان مالیاتی می‌تواند تمام مالیات یا جرائم را حتی از یکی از شرکاء مطالبه نماید؛

این در حالی است که همچنان که بیان شد، در نظام حقوقی ایران، تضامنی بودن مسئولیت، خلاف قاعده است و برخی از متخصصین حقوق تجارت بیان داشته‌اند که مسئولیت تضامنی حتی در حقوق تجارت ایران نیز خلاف قاعده است (اسکینی، ۱۳۸۳، ص. ۴۵). بر این اساس، آیین‌نامه مزبور خلاف قانون مدنی، فقه امامیه و حتی قانون تجارت بوده و مستحق ابطال است.

۲. چگونگی محاسبه معافیت ماده ۱۰۱ قانون مالیات‌ها بین ورثه

اینکه محاسبه معافیت ماده ۱۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم در یک عنوان جداگانه‌ای مورد بحث قرار می‌گیرد به این دلیل است که اگرچه این انتقاد نیز مربوط به مبحث مشارکت مدنی است، ولی معافیت ماده ۱۰۱ مربوطه به ماهیت مشارکت نیست و درحقیقت، مقرره ای از قانون مالیات‌های مستقیم است.

قانون مالیات‌های مستقیم برای ارتزاق و امرار معاش اشخاص حقیقی اعم از پرداخت‌کنندگان حقوق، موجرین املاک و اشخاص حقیقی صاحبان مشاغل، مقداری از درآمد آنها را از پرداخت مالیات معاف کرده است (عباسی و فیضی، ۱۳۹۹، صص. ۱۲۳-۱۱۵). البته در منبع اجازه املاک، اعمال این معافیت منوط به آن است که شخص حقیقی هیچ‌گونه درآمدی دیگر، غیر از درآمد ناشی از اجازه املاک نداشته باشد. (ماده ۵۷ ق.م.م) ولی در منبع حقوق، اصل بر شمول معافیت ماده ۸۴ قانون مالیات‌های مستقیم نسبت به درآمد مذکور است. در منبع درآمد شغلی اشخاص حقیقی نیز به موجب ماده ۱۰۱ قانون مالیات‌های مستقیم، اصل بر شمول معافیت بر تمامی صاحبان مشاغل است مگر اینکه درآمدی استثنا شده باشد. مع‌هذا، قانون مالیات‌های مستقیم درباره مشارکت مدنی رویکرد دیگری اتخاذ نموده است و شاید به این دلیل که مبادا صاحبان مشاغل برای استفاده بیشتر از معافیت این ماده به مشارکت‌های صوری روی بیاورند، فقط اجازه داده است که شرکاء حداکثر از دو معافیت استفاده نمایند. با توجه به اینکه این معافیت برای ارتزاق مؤدیان مالیاتی است، لذا معافیت مذکور به نسبت مساوی بین شرکاء تقسیم می‌شود. (عباسی و فیضی چکاپ، ۱۳۹۹، ص. ۱۱۵).

سؤالی که در اینجا قابل طرح است این است که اگر دو نفر به‌طور مدنی با هم مشارکت داشته باشند و یکی از آنها فوت کند، معافیت بین آنها به چه نحو تقسیم

می‌شود؟ به نظر می‌رسد نسبت به این امر می‌توان دو رویکرد مختلف اتخاذ نمود:

الف) معافیت بین تمام شرکای فعلی و قبلی به‌طور مساوی تقسیم شود؛ یعنی شرکای اختیاری و قهری به‌طور یکسان از معافیت برخوردار باشند.

ب) شرکای زنده از سهم معافیت به نسبت سهمی که شریک متوفی قبل از فوت داشته است برخوردار شوند و ورثه شریک متوفی نیز فقط از معافیت مورث خود استفاده کنند و از سهم شرکای دیگر نتوانند منتفع شوند.

آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، رویکرد سومی را در این‌باره اتخاذ نموده و بیان داشته است: «در صورت فوت هر یک از شرکاء، سهم درآمد مشمول مالیات متوفی به نسبت سهم الارث و سهم معافیت متوفی در سال فوت بین وراثت بر اساس قسمت اخیر تبصره ماده ۱۰۱ قانون تقسیم می‌شود و سال بعد، مطابق صدر تبصره فوق عمل خواهد شد» (بند ۷ ماده ۴۳ آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم).

وفق این آیین‌نامه، در صورت فوت هر یک از شرکاء، فقط در سال فوت معافیت وی بین ورثه تقسیم می‌شود، ولی در سال بعد، معافیت ما بین تمام شرکاء، اعم از شرکاء اختیاری و قهری تقسیم می‌شود. این طرز محاسبه معافیت ماده ۱۰۱ جای تأمل دارد زیرا:

الف) به نظر می‌رسد که راه‌حل آیین‌نامه با روش قانون مالیات‌های مستقیم متفاوت است. این قانون در تبصره (۱) بیان داشته است: «در مشارکت مدنی اعم از اختیاری و قهری، شرکاء حداکثر از دو معافیت استفاده خواهند کرد و مبلغ معافیت به‌طور مساوی بین آنان تقسیم و باقی‌مانده سهم هر شریک، جداگانه مشمول مالیات خواهد بود. شرکت‌هایی که با هم رابطه زوجیت دارند از لحاظ استفاده از معافیت در حکم یک شریک تلقی و معافیت مقرر به زوج اعطاء می‌گردد. در صورت فوت احدی از شرکاء، وراثت وی به‌عنوان قائم‌مقام معافیت مالیاتی سهم متوفی در مشارکت به شرح فوق استفاده نموده و این معافیت به‌طور مساوی بین آنان تقسیم و از درآمد سهم هر کدام کسر خواهد شد».

به‌تعبیر دیگر، قانون مالیات‌ها بین سال فوت و سال‌های بعدی تفاوتی قائل نشده است و علت رویکرد متخذه در آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌ها قابل درک نیست که این آیین‌نامه به چه دلیلی بین سال فوت و سنوات بعد قائل به تمایز شده است!؟

آیا با گذشت چند ماه و بدون اراده مجدد شرکاء، شرکت از حالت قهری به حالت اختیاری تبدیل می‌شود؟ مگر نه این است که اصولاً وضعیت سابق استصحاب می‌شود، مگر اینکه نسبت به حدوث حالت جدید علم حاصل شود (انصاری، بی‌تا، ص. ۲۱).

ب) قاعده «الخراج بالضمنان» و «من له الغرم» و تقسیم معافیت: در فقه موازینی تحت عنوان «الخراج بالضمنان» و «الغرم بالغنم» و «النعمة بقدر النعمة» وجود دارد که همه این موارد حاکی از آن است که اگر کسی هزینه و خسارت یک چیزی را پرداخت می‌کند، باید از منافع آن نیز بهره‌مند شود. اگر کسی مکلف به پرداخت هزینه یا خسارت چیزی باشد، باید بتواند از منافع آن نیز منتفع شود. به نظر می‌رسد که عکس این قاعده نیز درست است و اگر کسی از منافع مالی متمتع شود، هزینه آن را نیز باید پرداخت کند. اگرچه درباره قلمرو این قواعد اختلاف نظر وجود دارد، ولی قدر متیقن این است که خسارات مالی متعلق به کسی خواهد بود که منافع و فواید آن متعلق به او است (محمدی، ۱۳۸۳، ص. ۱۵۰). البته موازین دیگری نیز در این زمینه وجود دارد از جمله «تابعیت منفعت از ضرر» یا «تلازم بین منفعت و خسارت». همه این موازین مبتنی بر این هستند که خسارت یک چیز را شخصی باید متحمل شود که از آن منتفع می‌شود (بکتاش، ۱۳۹۱، ج ۷، ص. ۶).

ج) ایراد دیگری که در این باره وجود دارد این است که آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، صلاحیت ورود به موضوعات مربوط به چگونگی تعلق مالیات و تقسیم معافیت را ندارد؛ زیرا موضوع حکم ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، درباره تکالیف و اختیارات مأموران مالیاتی و اداره مالیاتی است و این قانون، نحوه انجام دادن تکالیف و استفاده از اختیارات و برخورداری از صلاحیت‌های هر یک از مأموران مالیاتی و اداره امور مالیاتی و همچنین ترتیبات اجرای احکام مربوطه را به آیین‌نامه محول نموده است. به تعبیر دیگر، شمول یا عدم شمول معافیت، داخل در موضوع، صلاحیت و قلمرو ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌ها نیست، لذا به طریق اولی، اختیار وضع مقررات در این قبیل موارد به آیین‌نامه تفویض نشده است که واضعان آیین‌نامه بخواهند در این خصوص اظهار نظر کنند.

۳. نقض تبصره (۳) ماده ۵۴ و ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم توسط آیین‌نامه موصوف

۳-۱. قابلیت رسیدگی مجدد به اختلافات ماده ۵۴ نزد رئیس امور مالیاتی

قانون مالیات‌های مستقیم درباره چگونگی محاسبه مالیات بر اجاره املاک چنین مقرر داشته است: «درآمد اجاره بر اساس قرارداد اعم از رسمی و عادی، مبنای تشخیص مالیات قرار می‌گیرد و در مواردی که قرارداد وجود نداشته باشد یا از ارائه آن خودداری گردد و یا مبلغ مندرج در آن کمتر از ۸۰ درصد ارقام مندرج در جدول املاک مشابه تعیین و اعلام شده توسط سازمان امور مالیاتی کشور باشد و نیز در مورد ماده ۵۴ مکرر این قانون، میزان اجاره‌بها بر اساس جدول اجاره املاک مشابه تعیین خواهد شد».

با توجه به اینکه مالیات بر درآمد اجاره املاک، در زمره انواع مالیات بر درآمدها قرار دارد، لذا اصولاً این نوع مالیات باید منطبق و متناسب با میزان درآمد افراد باشد و میزان درآمد واقعی افراد به‌عنوان مأخذ مالیات قرار گیرد؛ مع‌هذا، این امر بنابه دلایل متعدد و منطقی، از آنجا که در بیشتر موارد، اجاره‌نامه واقعی به‌دست نمی‌آید و با توجه به اینکه در موارد عمده، عقد رهن در ضمن عقد اجاره شرط می‌شود، لذا قانون مالیات‌های مستقیم طی ماده ۵۴ اجازه داده است تا برای جلوگیری از اعمال سلیقه شخصی توسط مأموران مالیاتی، مالیات بر درآمد اجاره املاک از روی جدول محاسبه شود. جدول مزبور سابقاً به‌وسیله سازمان امور مالیاتی تهیه می‌شد، لکن به دلیل محدودیت‌هایی که سازمان امور مالیاتی برای تهیه این جدول پیش‌بینی کرده است، در بیشتر موارد، درآمد به‌دست آمده به وسیله این جدول، تفاوت قابل توجهی با میزان اجاره دریافتی دارد، گاهی اجاره‌های دریافتی کمتر و گاهی نیز بیشتر از ارزش اجاره محاسبه‌شده به‌وسیله جدول است.

سؤالی که در این جا مطرح بوده، این است که اگر میزان اجاره دریافتی کمتر از ارزش استیجاری باشد، آیا مؤدی می‌تواند به مالیات اعتراض کند یا خیر؟ در جواب به این سؤال باید گفت: بر اساس قاعده و به‌موجب ماده ۲۴۴ ق.م.م، کلیه اختلافات مالیاتی قابل اعتراض است و مؤدی می‌تواند به آن اعتراض کند (عباسی، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۷). بنابراین، اختلاف‌های مربوط به این امر نیز قابل طرح در مراجع حل اختلاف مالیاتی است. شایان ذکر است که در نظام مالیاتی قبل از اینکه اختلافات در

مرجع حل اختلاف مالیاتی مطرح شود، به موجب ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم، در اداره امور مالیاتی مطرح می‌شود که عمدتاً مسئول رسیدگی به آن، رئیس امور مالیاتی است.

سؤال دیگری که در این جا مطرح می‌شود این است که آیا اختلاف‌های مربوط به مالیات بر اجاره‌ای که بر اساس جدول ارزش جاری نوشته می‌شود، به موجب ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم، قابل طرح نزد رؤسای امور مالیاتی هست یا خیر؟ لازم به ذکر است اختلاف‌هایی که در راستای ماده ۵۴ مطرح می‌شود، ممکن است مبانی مختلفی داشته باشند. این اختلاف‌ها ممکن است به این دلیل باشد که مأمور مالیاتی، مالیات را به اشتباه از دفترچه ارزش جاری محاسبه نموده یا بلوک را به اشتباه تطبیق داده باشد یا ادعا شود مبلغ اجاره بیشتر از ۸۰ درصد اجاره‌های دریافتی است یا ادعاهای شبیه به این مطرح شود. بدیهی است که این اختلاف‌ها قابل طرح نزد رؤسای امور مالیاتی است. حال سؤال این است که اگر مؤدی بپذیرد که مالیات به درستی از روی جدول ارزش جاری محاسبه شده است و فقط اعتراض مؤدی به این باشد که درآمدی که منطبق با جدول محاسبه شده بیشتر از اجاره دریافتی وی است، آیا رئیس امور مالیاتی می‌تواند به این اختلاف رسیدگی کند؟

این سؤال از این جهت مطرح می‌شود که یکی از مهم‌ترین اهداف سازمان مالیاتی از تهیه این جدول، جلوگیری از اعمال سلیقه توسط مأموران مالیاتی است. در پاسخ به سؤال فوق‌الذکر، بند (۲-۳) ماده ۴۲ آیین‌نامه موصوف بیان داشته است: «اعتراضات مؤدیان مالیاتی در راستای تبصره‌های (۲) و (۳) ماده ۵۴ قانون قابل بررسی مجدد در راستای مفاد ماده ۲۳۸ قانون خواهد بود». همچنان‌که سابقاً بیان شد، مستنداً به ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌ها، اختلاف قبل از طرح، در هیئت حل اختلاف در امور مالیاتی مطرح می‌شود. بنابراین، به موجب آیین‌نامه، اختلافات قابل طرح نزد مسئولین مذکور است. این در حالی است که در این باره تبصره (۳) ماده ۵۴ قانون مالیات‌های مستقیم بیان داشته است: «در مواردی که درآمد اجاره واقعی کمتر از درآمد تعیین شده طبق مقررات این ماده باشد و مالیات تعیین شده مورد اعتراض مؤدی باشد، در این صورت، پرونده قابل رسیدگی در مراجع حل اختلاف مالیاتی موضوع این قانون خواهد بود».

با توجه به ماده فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد دیدگاه آیین‌نامه قابل قبول نیست؛ زیرا: اولاً. مقنن در مقام بیان بوده و به‌طور صریح، حل اختلاف‌های مذکور را به‌عهده مراجع حل اختلاف مالیاتی گذاشته است. اگر قانون‌گذار قصد داشت که اختلاف‌های مربوط به ماده ۵۴ قانون مالیات‌های مستقیم به آن نحوی که پیش‌تر بیان شد، نزد رئیس امور مالیاتی نیز مطرح شود، خود به‌طور صریح آن‌را متذکر می‌شد و آن‌را جزء اختیارات ماده ۲۳۸ نیز می‌شمرد. لازم به ذکر است که قانون مالیات‌ها، ضمن اینکه عنوان فصل سوم از باب نهم را مرجع حل اختلاف مالیاتی نهاده، در تبیین مرجع حل اختلاف مالیاتی بیان داشته است: «مرجع رسیدگی به کلیه اختلاف‌های مالیاتی جز در مواردی که ضمن مقررات این قانون مرجع دیگری پیش‌بینی شده، هیئت حل اختلاف مالیاتی است. هیئت حل اختلاف مالیاتی از سه نفر به شرح زیر تشکیل خواهد شد...».

ثانیاً. هدف مقنن از تهیه دفترچه ارزش اجاره‌ای، جلوگیری از اعمال سلیقه مأموران مالیاتی است. رئیس امور مالیاتی نیز مأمور مالیاتی است و امکان رسیدگی مجدد توسط مشارالیه می‌تواند منجر به اعمال سلیقه شود و امری مفسده‌انگیز است. این در حالی هست که رویکرد قانون‌گذار درباره اجاره املاک، منع اعمال سلیقه به‌وسیله آن‌هاست. بنابراین، حل اختلاف‌ها بین مؤدی و اداره مالیاتی نسبت به درآمد و مالیات مؤدی، مستلزم رویکردی دیگر است که از عهده اداره مالیاتی خارج است. لازم به ذکر است که به‌موجب تبصره (۱) ماده ۳۱ آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم، سابقه اظهارنظر و رسیدگی، مانع رسیدگی مجدد نخواهد بود. به تعبیر دیگر، به‌موجب تبصره (۱) ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی موصوف، رئیس قسمتی که گزارش مستغلات را تهیه کرده است، می‌تواند اقدام به تعدیل مالیات در راستای ماده ۲۳۸ قانون مالیات‌های مستقیم نماید. این روش که مغایر اصل فراغ در آیین دادرسی و مفسده‌انگیز است، در مورد تبصره (۳) ماده ۵۴ به طریق اولی ایجادکننده بستر فساد است؛ زیرا در آن صورت، رئیس امور مالیاتی حتی می‌تواند برخلاف جدولی که سازمان مالیاتی، برای جلوگیری از فساد و خودکامگی مأموران مالیاتی فراهم آورده است، نظر دهد که این امر نقض غرض فاحش و غیرقابل دفاع است (رضوی، ۱۳۹۱، صص. ۱۶۳-۱۷۶).^۲

۲-۳. ضرایب مالیاتی

قبل از اصلاحیه سال ۱۳۹۴ قانون مالیات‌های مستقیم، در سه مورد مالیات به‌طور علی‌الرأس مورد رسیدگی قرار می‌گرفت:

الف) مؤدی ترازنامه و حساب سود و زیان یا حساب درآمد و هزینه را تا موعد مقرر تسلیم اداره مالیاتی نمی‌کرد؛

ب) با وجود درخواست کتبی اداره مالیاتی، مؤدی دفاتر یا مدارک را به اداره ارائه نمی‌داد؛
ج) دفاتر و اسناد و مدارک ابرازی برای محاسبه درآمد، غیرقابل رسیدگی بود یا به علت عدم رعایت موازین قانونی، مورد قبول واقع نمی‌شد (ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۸۰).

به‌موجب ماده ۹۸ قانون سابق، اداره امور مالیاتی ابتدا قرائن را انتخاب می‌نمود و سپس با اعمال ضریب، درآمد مشمول مالیات وی را تعیین می‌کرد. به‌موجب مقررات مذکور، کمیسیونی ضرایب مالیاتی را مشخص می‌کرد و از حاصل ضرب فروش در ضریب مذکور، درآمد مؤدی به‌دست می‌آمد. در اصلاحیه سال ۱۳۹۴، ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم به‌طور کلی تغییر نمود و رسیدگی تحت عنوان «علی‌الرأس» از مقررات مالیاتی حذف شد.

هدف طرح جامع مالیاتی این بود که به‌طور کلی ضریب را از نظام مالیاتی حذف و اطلاعات مسجل و منضبط را جایگزین اعداد و ارقام تخمینی کند. در همین راستا، ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۴ برای چگونگی محاسبه درآمد مشمول مالیات مؤدیان بیان داشته است: «درآمد مشمول مالیات اشخاص حقیقی موضوع این قانون که مکلف به تسلیم اظهارنامه مالیاتی می‌باشند به استناد اظهارنامه مالیاتی مؤدی که با رعایت مقررات مربوط تنظیم و ارائه شده و مورد پذیرش قرار گرفته باشد، خواهد بود. سازمان امور مالیاتی کشور می‌تواند اظهارنامه‌های مالیاتی دریافتی را بدون رسیدگی قبول و تعدادی از آنها را بر اساس معیارها و شاخص‌های تعیین‌شده و یا به‌طور نمونه انتخاب و برابر مقررات مورد رسیدگی قرار دهد. در صورتی که مؤدی از ارائه اظهارنامه مالیاتی در مهلت قانونی و مطابق با مقررات خودداری کند، سازمان امور مالیاتی کشور نسبت به تهیه اظهارنامه مالیاتی برآوردی بر اساس فعالیت و اطلاعات

اقتصادی کسب‌شده مؤدیان از طرح جامع مالیاتی و مطالبه مالیات متعلق به موجب برگ تشخیص مالیات اقدام می‌کند...». به موجب ماده مذکور، سازمان امور مالیاتی باید اظهارنامه برآوردی را براساس فعالیت و اطلاعات اقتصادی کسب‌شده مؤدیان از طرح جامع مالیاتی تهیه کند، نه براساس ضرایب یا نسبت‌های تخمینی.

تبصره این ماده نیز بیان داشته است: «سازمان امور مالیاتی کشور موظف است حداکثر ظرف مدت سه سال از تاریخ ابلاغ این قانون، بانک اطلاعات مربوط به نظام جامع مالیاتی را در سراسر کشور مستقر و فعال نماید». به موجب مواد متعددی از آیین‌نامه، خصوصاً مواد ۴۱ و ۲۲ آن، برای تهیه اظهارنامه برآوردی، از ضرایبی تحت عنوان «نرخ سود» استفاده می‌شود که نه تنها نسبت به ضرایب سابق غیرواقعی‌تر، بلکه مبهم و غیر شفاف نیز هست. همچنان‌که تفصیل آن رفت، ضرایب مذکور به‌وسیله کمیسیون برآورد می‌شد؛ این در حالی است که طرز تهیه نرخ‌های فعلی مبهم است و حتی به موجب تبصره (۴) ماده ۲۲ آیین‌نامه اجرایی، افشا نمودن چگونگی تهیه آن نیز جرم محسوب شده است!! نکته حائز اهمیت این است که این رویه مفسده‌انگیز است، زیرا به دلیل عدم وجود ضابطه در چگونگی استفاده از ضرایب، ممکن است مأموران مالیاتی به دلخواه خود از نسبت فعالیت، نسبت سود یا حتی از روش درآمد و هزینه برای محاسبه مالیات استفاده کنند. لازم به ذکر است شکایت‌های متعددی به دیوان عدالت اداری مبنی بر نقض اصول و قواعد حقوقی در آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم صورت پذیرفته است؛ که برخی از این شکایات به نتیجه رسیده است؛ از جمله این شکایات، جرم‌انگاری افشای اطلاعات در تبصره (۴) ماده ۲۲ و تبصره (۲) ماده ۲۴ آیین‌نامه مذکور است. دیوان عدالت اداری وفق رأی هیئت عمومی به شماره ۱۴۰۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۲۶۸۴، تبصره (۴) ماده ۲۲ و تبصره (۲) ماده ۲۴ آیین‌نامه مذکور را خلاف قانون تشخیص داده و آنرا ابطال نموده است. در برخی از موارد نیز شکایت به نتیجه نرسیده است.

نتیجه‌گیری و پیشنهاد

آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۸/۰۹/۰۹، از ابعاد مختلف قابل نقد و خلاف قانون است. در این آیین‌نامه، علاوه بر اینکه حقوق مؤدیان و مأموران

مالیاتی نادیده انگاشته شده است، به‌طور قابل توجهی، قوانین و اصول فقهی نیز نقض شده است. درباره نقض مقررات، احکام آیین‌نامه را می‌توان به دو قسمت تقسیم کرد:

الف) احکامی که مقررات مشارکت مدنی را نقض نموده است: تلقی این آیین‌نامه به‌طور کلی مغایر با مبانی فقهی است. همچنین این آیین‌نامه اجازه داده است که اوراق به شریک ابلاغ شود. این حکم با نص قانون مالیات‌های مستقیم و آیین دادرسی مدنی مغایر است. درباره چگونگی تقسیم معافیت ماده ۱۰۱ بین ورثه شریک متوفی و دیگر شرکاء، بین سال فوت و سنوات بعدی قائل به تمایز شده است که این امر نیز با نص تبصره مذکور در تعارض است. همچنین این آیین‌نامه برای شرکاء مسئولیت تضامنی در نظر گرفته، که برخلاف موازین فقهی است.

ب) احکامی که دیگر مقررات و اصول حقوقی را نقض نموده است:

یک) این آیین‌نامه اختیارات رئیس امور مالیاتی را بیش از حد قانونی بسط داده است. از جمله این اختیارات، رسیدگی به اختلاف‌های موضوع ماده ۵۴ قانون مالیات‌های مستقیم است که اصولاً از صلاحیت رئیس امور مالیاتی خارج است و از نظر اصول و مبانی نیز، اعطای این قبیل صلاحیت‌ها به رئیس امور مالیاتی وجیه نیست و می‌تواند سبب ایجاد «امضاء طلایی» و ایجادکننده بستر فساد باشد.

دو) آیین‌نامه مذکور، ضرایب منسوخ در ماده ۹۷ قانون مالیات‌های مستقیم را به‌طور غیرشفاف و مبهم احیاء نموده است و در عمل دیده می‌شود که این امر موجب اتخاذ رویه‌های غیرضابطه‌مند در ادارات امور مالیاتی شده که مفسده‌انگیز است. این در حالی است که ضرایب موجود در قوانین سابق، ضابطه‌مند بودند. همچنان‌که قبلاً بیان شد، به‌دلیل ابهام در موارد استفاده از نسبت فعالیت، نسبت سود ویژه و روش درآمد و هزینه، در عمل دیده می‌شود که مأموران مالیاتی به دلخواه خود، یکی از روش‌ها را استفاده می‌کنند؛ درحالی‌که مالیات هر یک از روش‌های مذکور ممکن است ده‌ها برابر مالیات روش‌های دیگر باشد بنابراین پیشنهاد می‌شود روش دقیق امکان استفاده از هر یکی از روش‌ها به صراحت تبیین شود تا سبب ایجاد تبعیض، فساد و بی‌عدالتی نشود.

۱. لازم به ذکر است که اخیراً در تاریخ ۱۴۰۱/۷/۱۲ طی دادنامه شماره ۱۴۰۱۰۹۹۷۰۹۰۵۸۱۱۲۵۹ رأیی از هیئت عمومی دیوان عدالت اداری صادر شده و این نوع ابلاغ را غیرقانونی تلقی کرده و بند ۳ ماده ۴۳ آیین‌نامه ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم را نقض نموده است. رأی مذکور بیان داشته است: «با عنایت به اینکه براساس بند ۳ ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب سال ۱۳۹۸ که موضوع آن کیفیت ابلاغ اوراق مالیاتی است، مقرر شده است که: «... ابلاغ کلیه اوراق مشارکت از جمله برگ تشخیص یا مطالبه یا قطعی مالیاتی به صورت الکترونیکی و یا فیزیکی به هر یک از شرکا و یا مستخدمین مشارکت در حکم ابلاغ به مشارکت (مودی) می‌باشد» و حکم مزبور در مورد مودیانی که در قالب شخص حقوقی فعالیت داشته و مؤدی واحد محسوب می‌شوند به دلیل برخورداری از صرفاً یک پرونده مالیاتی و یک تکلیف مشخص برای مؤدی با رعایت ماده ۲۰۶ قانون مالیات‌های مستقیم فاقد ایراد است، لیکن در مورد مشارکت‌های مدنی عادی که در آن مؤدیان هر کدام به صورت جداگانه مودی محسوب شده و هر یک از آنها باید تکالیف خود از قبیل ارائه اظهارنامه و دفاتر و تبیین دلایل معافیت و تبیین دلایل معافیت‌ها و هزینه‌ها را به‌نحو جداگانه انجام دهند، این حکم واجد ایراد بوده و با توجه به اینکه در ماده ۲۰۳ قانون مالیات‌های مستقیم و سایر مقررات مربوط به امر ابلاغ در قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی ابلاغ به شخص مخاطب و مؤدی یا بستگان و یا مستخدم وی ملاک عمل است، بنابراین بند ۳ ماده ۴۳ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب سال ۱۳۹۸ که براساس آن در این فرض ابلاغ به هر یک از شرکاء به‌منزله ابلاغ به شریک دیگر تلقی می‌شود، خلاف قانون و خارج از حدود اختیار بوده و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و ماده ۸۸ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب سال ۱۳۹۲ ابطال می‌شود.

۲. لازم به ذکر است که شکایتی جهت ابطال تبصره (۱) ماده ۳۱ آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم به دیوان عدالت اداری تقدیم شده است ولی هیئت تخصصی مالیاتی، بانکی دیوان عدالت اداری رأی به رد شکایت نموده است. هیئت تخصصی در رأی خود بیان داشته است: «مقرر شده است که شکایت یعنی تبصره ۱ ماده ۳۱ آیین‌نامه اجرایی ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم مصوب ۱۳۹۸ در خصوص این موضوع است که مسئول امر تشخیص مالیات (مسئول پرونده) اگر سابقه اظهارنظر را داشته باشد مانع رسیدگی مجدد در اجرای

مقررات نمی‌باشد و از آنجایی که در این خصوص می‌بایست دو امر راجدای از هم مورد تأمل قرار دارد مرحله اول تشخیص مأخذ مشمول مالیات و متفرعات آن و مرحله دوم سابقه اظهارنظر به‌عنوان مامور تشخیص یا کارشناس مالیاتی را دارد می‌تواند در مرحله رسیدگی در هیئت‌ها و مراحل بعدی نیز اظهارنظر نماید و از آنجایی که منع قانونی جهت این حکم وجود ندارد و ممنوعیت مربوط به تبصره ۲ ماده ۲۴۷ الحاقی قانون مالیات‌های مستقیم است که رسیدگی به اعتراض مودیان و اختلاف در هیئت‌ها در یک مرحله موجب منع رسیدگی در مراحل دیگر می‌شود و ماده ۱۵ قانون ارتقای نظام سلامت اداری نیز صریحاً یا تلویحاً موید ادعای شاکی نمی‌باشد، فلذا به جهت اینکه دلیل قانونی بر مخدوش بودن مقررره مورد شکایت وجود ندارد به استناد بند ب ماده ۸۴ از قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲ رأی به رد شکایت صادر می‌نماید، رأی مزبور ظرف مدت بیست روز پس از صدور قابل اعتراض از ناحیه ریاست محترم دیوان یا ده نفر از قضات گرانقدر دیوان عدالت می‌باشد».

کتابنامه

- قرآن کریم.
آیین‌نامه ماده ۲۱۹ قانون مالیات‌های مستقیم.
قانون آیین دادرسی مدنی.
قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران.
قانون تجارت.
قانون مالیات‌های مستقیم.
قانون مدنی.
اسکینی، ربیعا (۱۳۷۷). حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، سمت.
اسکینی، ربیعا (۱۳۸۳). حقوق تجارت (کلیات، معاملات تجاری، تجار، سازمان‌دهی فعالیت تجاری). تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی، (سمت).
امامی، سید حسن (۱۳۷۶). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
انصاری، مرتضی (بی‌تا). حاشیه الاستصحاب. تهران: کتابخانه مدرسه فقاقت.
بکناش، محمدکاظم (۱۳۹۱). معرفت اقتصادی. قم: انتشارات مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

- تقی‌زاده، ابراهیم و هاشمی، احمدعلی (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی (ضمان قهری). تهران: انتشارات دانشگاه پیام‌نور.
- حسینی تهرانی، سید مرتضی (۱۳۶۵). شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی. فصلنامه حق، (۷)، صص. ۳۲-۶۶.
- ره‌پیک، سیامک (۱۳۸۱). الزام‌های خارج از قرارداد. تهران: انتشارات اطلاعات.
- رضوی، سید علی و رضوی، سید مهدی (۱۳۹۱). قاعده فراغ دادرس. نشریه گفتمان حقوقی، پاییز و زمستان.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۴۶). حقوق تجارت. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- سیدی‌آرانی، سید عباس (۱۳۹۶). شرکت مدنی حرفه‌ای سردفتری از پیدایش تا پذیرش در ایران. تهران: انتشارات میزان.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (بی‌تا). مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- صفائی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: انتشارات سمت.
- صقری، محمد (۱۳۹۳). حقوق بازرگانی، شرکت‌ها. قواعد عمومی، شخصیت حقوقی، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- طباطبائی مجاهد، سید محمد (بی‌تا). کتاب المناهل. تهران: کتابخانه مدرسه فقاقت.
- عباسی، محمدرضا و فیضی‌چکاپ، غلام‌نبی (۱۳۹۹). نقدی بر نظریه شورای عالی مالیاتی نسبت به مفهوم مشارکت مدنی و عدم معافیت مالیاتی مشاغل حرفه‌ای. فصلنامه حقوق داری، سال هشتم، (۲۴)، صص. ۱۱۵-۱۲۵.
- عدل، مصطفی (۱۳۸۹). حقوق مدنی. قزوین: طه.
- علامه حلی، حسن بن یوسف (بی‌تا). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام. تهران: کتابخانه مدرسه فقاقت.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۹۵). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. تهران: انتشارات میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸). حقوق مدنی، (مشارکت‌ها - صلح). انتشارات گنج‌دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰). دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین. تهران: انتشارات گنج‌دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۰). حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات. تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۱). حقوق مدنی نظریه عمومی تعهدات. تهران: میزان.

مامقانی، عبدالله (۱۴۰۴ق). *مناهج المتقین*. قم: مؤسسه آل‌البیت.
محقق حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن (بی‌تا). *شرايع؛ قواعد شرکت*. بیروت: مکتبه المرکزی.
محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد (۱۳۸۹). *کفایه الاحکام*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳). *قواعد فقه*. تهران: انتشارات میزان.
محمدی، الهام (۱۴۰۰). *آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی*. تهران: چتر دانش.
موسوی اردبیلی، عبدالکریم (بی‌تا). *فقه الشرکه علی نهج الفقه و القانون*. قم: دارالعلم مفید.

بررسی شمولیت رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نسبت به «تسهیلات مشارکتی»

حسین عابدینی*

ابوالفضل ذاکری**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۱/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۷

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱، شرط «سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی» در قراردادهای اعطای تسهیلات بانکی را باطل اعلام کرد. فارغ از پذیرش یا عدم پذیرش نقدهای وارد بر این حکم، این رأی در مورد «عقود مبادله‌ای» که نرخ سود آنها در زمان انعقاد، ثابت است، اختلاف برانگیز نیست، اما به دلیل ماهیت «عقود مشارکتی»، این سؤال مهم را ایجاد کرده که آیا شامل این قراردادها نیز می‌شود یا خیر؟ در این باره، برخی صاحب نظران معتقدند با توجه به «مبانی فقهی» و «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، رأی یادشده شامل «عقود مشارکتی» نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک در مرحله انعقاد این قراردادهاست و نرخ «سود قطعی» در این عقود پس از «پایان مشارکت و حسابرسی» معین می‌شود؛ در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور شامل «قراردادهای مشارکتی» هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این عقود درج می‌شود، در عمل، بدون هیچ تغییری، مبنای تنظیم روابط بانک و مشتریان قرار می‌گیرد.

پژوهش حاضر با محور قراردادن سؤال یادشده و استواری فرضیه خود بر نظریه گروه دوم، ضمن بازخوانی مقررات بانکی و مصوبات بانک مرکزی، به استناد ادله‌ای نظیر «اطلاق عبارت قرارداد اعطای تسهیلات بانکی در رأی یادشده»، «ورود نظم عمومی اقتصادی بر احکام صحت شروط درباره شرط سود مندرج در عقود بانکی»، «دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی»، «قابلیت استناد به اصول لفظیه‌ای چون اصله الإطلاق و به‌ویژه اصله عدم التقدير»، «امکان استناد به قاعده تفسیر به زیان

* استادیار، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران (نویسنده مسئول).

Abedini@Meybod.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه میبد، میبد، ایران.

Abzakeri@gmail.com



تنظیم‌کننده در عقود الحاقی از جمله قراردادهای بانکی» و اینکه «در عمل، به‌موجب قیودی که در عقود مشارکتی درج می‌شود، همین نرخ در پایان قرارداد، مبنای اظهارنظر در روابط میان بانک و دریافت‌کننده تسهیلات قرار می‌گیرد»، اثبات می‌کند که این رأی، با رعایت قیود و شروطی علاوه بر «عقود مبادله‌ای»، «عقود مشارکتی» را نیز دربرمی‌گیرد؛ تحلیلی که علاوه بر رفع اختلاف در بسیاری از دعاوی بانکی و حمایت از مشتریان (طرف ضعیف) در این عقود، نظم عمومی مالی اقتصادی در روابط بانکی را مستحکم‌تر می‌سازد.

واژگان کلیدی: حقوق بانکی، رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، عقود مبادله‌ای، عقود مشارکتی، مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، نرخ سود.

مقدمه

هیأت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ در تاریخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ به استناد مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ «قانون پولی و بانکی کشور»، ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا»، «ماده واحده قانون اجازه تأسیس بانک‌های غیردولتی» و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی را تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن دانسته، مصوبات آن بانک راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، اعم از دولتی و غیردولتی را آمره، محسوب و با عنایت به ماده ۶ «قانون آیین دادرسی مدنی»، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی را باطل اعلام کرد (روزنامه رسمی، ش ۱۳۱۱، ۱۳۹۹/۶/۱۵).

پس از صدور این رأی، اظهارنظرهای مختلفی در باب تحلیل، ایرادها و دایره شمول آن از سوی صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی ارائه شد؛ برخی معتقدند با توجه به تحلیلی که به موجب مبانی فقهی و قانون عملیات بانکی بدون ربا می‌توان از عقود مشارکتی ارائه داد، رأی یادشده شامل این عقود نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک برای انعقاد این قراردادها است و نرخ سود واقعی در این عقود را باید بعد از پایان مشارکت و حسابرسی معین کرد؛ تصریح بند (۲) مصوبه (۲۹) «شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی» مبنی بر «عدم توصیه به اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی»^۱ و اطلاق منطوق مصوبات دیگر این شورا مرتبط با «نرخ سود در عقود مشارکتی»، از جمله مصوبه (۱۷)، (۲۳) و (۳۰) مؤید این ادعا است.^۲ در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور علاوه بر عقود مبادله‌ای شامل عقود مشارکتی هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این قراردادها درج می‌شود، در عمل، مبنای محاسبه و تنظیم روابط بانک و مشتریان است و آنچه در عمل رخ می‌دهد، شبیه تعیین نرخ سود ثابت در عقود مبادله‌ای است.

در این پژوهش، ضمن مرور کتابخانه‌ای مطالعات انجام‌شده و قوانین و مقررات مرتبط و نتایج بررسی‌های میدانی از وضعیت حال حاضر قراردادهای رایج در حوزه تخصیص منابع بانکی، به دنبال پاسخ‌گویی به این سؤال هستیم که رأی وحدت رویه ۷۹۴

با حکم بطلان شرط مندرج در عقود اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، علاوه بر «قراردادهای مبادله‌ای»، شامل «قراردادهای مشارکتی» هم می‌شود یا خیر؟

پیش از این، پژوهش‌هایی با محوریت «رأی وحدت رویه ۷۹۴» انجام گرفته که از آن میان، مقاله «گذار قراردادهای بانکی از اصل حاکمیت اراده به قواعد آمره؛ بررسی موردی رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور» (مرادی، ۱۴۰۰، صص. ۱۳۷-۱۶۴) و «نقدی بر رأی ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در باب بطلان توافقات مغایر با مصوبات بانک مرکزی پیرامون نرخ سود تسهیلات» (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹، صص. ۸۷-۱۰۸) بیشترین ارتباط را با پژوهش حاضر دارند. مقاله نخست، به ویژگی آمره‌بودن رأی وحدت رویه ۷۹۴ پرداخته و درعین حال، گریزی به شمولیت رأی بر عقود مشارکتی اشاره دارد و مقاله دوم، اصل حکم آن رأی، یعنی «بطلان شرط سود مازاد بر نرخ مصوب بانک مرکزی» را مورد نقد قرار داده است، اما وجه تمایز و رجحان این پژوهش که با روش توصیفی - تحلیلی و ضمن بازخوانی کتابخانه‌ای مقررات بانکی، مصوبات بانک مرکزی و واکاوی نظرات مختلف در باب رأی وحدت رویه ۷۹۴ صورت گرفته، به‌طور مشخص پاسخی به سؤالی است که در پژوهش نخست، «محور بحث» نبوده و پژوهش دوم نیز کاملاً بی‌ارتباط به آن است؛ اینکه آیا رأی وحدت رویه ۷۹۴ می‌تواند علاوه بر عقود مبادله‌ای، قراردادهای مشارکتی را نیز دربرگیرد؟ برای پاسخی کامل و دقیق به این پرسش اساسی که نقشی مهم در مبادلات بانکی و رسیدگی به دعاوی ناشی از اختلافات بانک‌ها و تسهیلات‌گیرندگان ایفا می‌کند، در بخش نخست، مهم‌ترین مفاهیم مرتبط با این موضوع، یعنی «عقود مبادله‌ای»، «عقود مشارکتی» و «سود» را مورد بررسی قرار داده، در بخش دوم، رویکردهای مختلف به شمولیت یا عدم شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی را بازخوانی نموده و در بخش آخر، دلایل تکمیلی پذیرش شمولیت رأی یادشده از منظر فقهی و حقوقی را مورد مطالعه و تبیین قرار می‌دهیم.

۱. مفاهیم

یکی از وجوه تفاوت بانکداری اسلامی با بانکداری متعارف، طراحی قالب‌های

قراردادی متنوعی برای ارائه تسهیلات و تخصیص منابع بانکی مبتنی بر اصول و قواعد اسلامی است. در این رویکرد، در برخی تسهیلات اعطایی بانک‌ها، طول مدت و نیز سود، از همان ابتدا و در قالب عقود معین که با نام عقود مبادله‌ای شناخته می‌شوند، مشخص می‌شود؛ بعضی تسهیلات با عنوان «قرض الحسنه»، «بدون سود» و تنها در برابر دریافت کارمزد پرداخت می‌شوند؛ برخی دیگر از انواع تسهیلات، یعنی «قراردادهای مشارکتی» از نظر ماهوی، «وام» محسوب نمی‌شوند، زیرا بانک با دریافت‌کننده تسهیلات در انجام یک فعالیت اقتصادی، «مشارکت» می‌کند و در نوع دیگری از موارد تخصیص منابع، بانک به «سرمایه‌گذاری مستقیم» مبادرت می‌کند (السان، ۱۳۹۴، ص. ۱۱۹). البته قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران، عقود «استصناع»، «خرید دین» و «مراجعه» را به این موارد اضافه کرده است.

مواد ۷ تا ۱۷ فصل سوم «قانون عملیات بانکی بدون ربا» و «آیین‌نامه اجرای فصل سوم» این قانون مشتمل بر ۷۶ ماده - که در تاریخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲ به تصویب هیأت وزیران رسیده - به این تسهیلات بانکی، تشریفات و ویژگی‌های هر یک از آنها اختصاص داده شده است. از میان این عقود، «عقود مبادله‌ای» و «عقود مشارکتی» با این پژوهش مرتبط است که در ادامه، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم «قراردادهای مبادله‌ای»

عقود مبادله‌ای که ابزاری مالی با درآمد و بازدهی ثابت است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۲، ص. ۲۱۸)، یکی از شیوه‌های اصلی تخصیص منابع و اعطای تسهیلات در بانکداری بدون ربا است که به دلیل ویژگی‌هایی نظیر ریسک پایین، امکان تعیین نرخ سود از ابتدا، کوتاه‌مدت بودن و... بیشترین تناسب را با ماهیت بانک و نظام بانکی دارد (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۲۴۶). در این قراردادها، عوضین به ملکیت طرف مقابل درمی‌آید و رابطه بانک با تسهیلات‌گیرنده، رابطه بستانکار و بدهکار است (سلطانی، ۱۳۹۸، ص. ۱۹۱)، یعنی مشتری به کالا یا وجه نقد موردنیاز خود دست می‌یابد و بانک هم به سود موردنظر خویش می‌رسد.

بخش زیادی از تسهیلات بانکی (بیش از ۸۰ درصد) در قالب این عقود، واگذار و نرخ سود بانکی در زمان قرارداد تعیین می‌شود (موسویان، ۱۳۸۷، ص. ۱۵)، لذا بر این

اساس، تحولات آتی اقتصادی و تغییرات احتمالی وضعیت مالی فعالیت مورد نظر جهت سودوزیان، تأثیری در سود و مبادلات بانک نسبت به گیرنده تسهیلات ندارد (هرورانی و دیگران، ۱۳۸۹، ص. ۳۹).

بررسی دقیق قراردادهای مبادله‌ای نشان می‌دهد که این نوع از قراردادهای ماهیتی تجاری دارند و بانک در آنها، نقش واسطه‌ای دارد، یعنی واسطه‌ی خرید و فروش کالاها می‌شود، اسناد تجاری منتشر می‌کند یا سرمایه‌ای را به اجاره می‌دهد (اکبرزاده، ۱۳۹۲، ص. ۱۶۵). قراردادهای «مرابحه»، «اجاره به شرط تملیک»، «فروش اقساطی»، «بیع سلف»، «خرید دین»، «جعاله» و «استصناع» ذیل عنوان «عقود مبادله‌ای» قابل دسته‌بندی است.

در این دسته از عقود، بانک می‌تواند حداقل یا حداکثر نرخ سود را تعیین نماید، زیرا به جهت انتقال مالکیت، رابطه وام‌دهنده با سرمایه قطع می‌گردد؛ درحالی‌که در عقود مشارکتی، عاملین و مشارکین از سرمایه خود رفع ید ننموده و مالکیت آنان استمرار می‌یابد، لذا بانک به عنوان تأمین‌کننده کل یا بخشی از سرمایه، نمی‌تواند خود را از نتیجه فعالیت موضوع مشارکت مجزا نماید (مرکز پژوهش‌های مجلس، ۱۳۹۴، ص. ۳۹).

۲-۱. مفهوم «قراردادهای مشارکتی»

قراردادهای مشارکتی، قراردادهایی انتفاعی با سود غیرمعین و انتظاری هستند که در آنها، بانک و متقاضی تسهیلات براساس نرخ بازده (سود) معینی (انتظاری)، تصمیم به سرمایه‌گذاری می‌گیرند و قرارداد منعقد می‌کنند و براساس ماهیت این نوع قراردادهای سود واقعی باید در پایان دوره مالی معین شود (قلیچ، ۱۳۹۸، ص. ۱۳۳؛ اسمعیلی‌گیوی، ۱۳۸۹، ص. ۱۹). چنان‌که ممکن است برای قرارداد خاصی، نرخ سود، صفر و حتی منفی باشد؛ در نتیجه، سود بانک از محل قراردادهای مشارکتی، متغیر و در پایان دوره مالی معلوم می‌شود (موسویان، ۱۳۸۴، ص. ۵۱)، زیرا در این نوع از عقود، بانک تمام یا بخشی از سرمایه مورد نیاز یک فعالیت اقتصادی (تولیدی، تجاری یا خدماتی) را تأمین می‌کند و در نهایت، مطابق قراردادی که با صاحب کار اقتصادی منعقد می‌کند، سود آن فعالیت تقسیم می‌شود، لذا علی‌القاعده سهم هیچ‌یک از طرفین، قبل از اتمام فعالیت اقتصادی معلوم نیست (هرورانی و دیگران، ۱۳۸۹، صص. ۳۰-۳۱).

در این قراردادها که میزان ریسک آن‌ها بیشتر از سایر عقود است (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ج ۱، ص. ۲۵۳)، بانک با گیرنده تسهیلات در یک فعالیت تولیدی، صنعتی یا خدماتی شریک می‌شود و چنانچه این فعالیت سوددهی داشته باشد، سود حاصل بین آنها تقسیم می‌شود؛ علاوه بر این، در این نوع از قراردادها، بانک سود دلخواه خود را با عنوان «سود مورد انتظار» در قرارداد می‌گنجانند و بانک مرکزی نیز حداقل یا حداکثر «سود مورد انتظار» در این قراردادها را اعلام می‌کند. بانک‌ها موظفند «سود مورد انتظار» را در محدوده‌ای که بانک مرکزی، مجاز اعلام کرده است، در قراردادهای مشارکت قید کنند. مواد ۱۸ تا ۲۷، ۳۶ تا ۳۹ و ۷۱ تا ۷۶ «آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا» قراردادهای مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات را به عنوان «قراردادهای مشارکتی» شناسایی کرده است.

۳-۱. مفهوم «سود بانکی»

برای شناسایی مفهوم «سود» تعاریف چندانی در کتب و مقالات پژوهش‌گران دیده نمی‌شود و در مقابل، راجع به «ربا» بحث‌های زیادی مطرح شده و سعی گردیده که از دیدگاه فقهی، اقتصادی و حقوقی تشریح شود و در مقابل، ارزش افزوده‌ای را که ربوی نیست، «سود» نامیده شود. بر این اساس، می‌توان گفت که سود در بانکداری اسلامی، «ارزش‌افزودگی حاصل از فعالیت‌های اقتصادی» است که از طریق چرخه اقتصادی و مالی ایجاد می‌شود و به همین دلیل، پذیرش ریسک در این فعالیت برخلاف ربا، در نظام بانکداری اسلامی، قابل قبول است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۴۳۸). مشروط بر اینکه این ریسک، ریسکی «مفید»، «مولد» و «قابل کنترل» باشد (مصباحی مقدم و صفری، ۱۳۸۸، صص. ۱۲۸-۱۳۲).

با این وصف، باید میان سود و ربا تفاوت قائل شد، زیرا سود نتیجه ریسکی است که در فعالیت‌های اقتصادی وجود دارد و چون این فعالیت‌ها ریسک‌زا است، این ریسک قابل پذیرش و دریافت این سود امکان‌پذیر است، اما در فعالیت‌های ربوی، قرض‌دهنده هیچ‌گونه خطر و ریسکی را که لازمه فعالیت‌های تجاری است، تقبل نمی‌کند و هر ضرری حاصل شود، متوجه قرض‌گیرنده است (جعفری، ۱۴۰۰، ج ۱، ص. ۴۳۸).

در نظام بانکی ایران، «بانک مرکزی» نرخ «سود» را تعیین می‌کند. تا سال ۱۳۸۵ در سیاست‌گذاری‌های مربوط به نرخ سود بانکی، تفکیکی شفاف میان «نرخ سود عقود مبادله‌ای» و «عقود مشارکتی» وجود نداشت و نرخ‌های اعلامی عمدتاً به تفکیک بخش‌های مختلف اقتصادی انجام می‌گرفت (مرادی، حقوق بانکی؛ قابل دسترسی در پایگاه <https://t.me/Bankinglaws>)، اما بعد از تصویب «قانون منطقی کردن نرخ سود تسهیلات بانکی متناسب با نرخ بازدهی در بخش‌های مختلف اقتصادی» مصوب ۱۳۸۵/۲/۲۱ مجلس شورای اسلامی، مطابق مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» بانک مرکزی، نرخ سود تسهیلات از جهات مختلف، تفکیک و از جمله، درخصوص «تفکیک نرخ سود عقود مبادله‌ای و مشارکتی» به بانک‌ها ابلاغ شد. در یک تقسیم‌بندی کلی می‌توان مصوبات این شورا را در سه قسم تقسیم‌بندی کرد:

در برخی مصوبات شورای یادشده، «حداقل و حداکثر نرخ سود تسهیلات اعطایی» تعیین شد و بانک‌ها مکلف به «درج نرخ سود در دامنه تعیین‌شده» گردیدند که به‌عنوان نمونه، می‌توان به ماده ۶ «سیاست‌های پولی، اعتباری و نظارتی نظام بانکی»^۴ و ماده ۹ «سیاست‌های پولی و اعتباری و نظارتی نظام بانکی کشور»^۵ هر دو مصوب سال ۱۳۹۰ اشاره کرد.

شورای مزبور در برخی از مصوبات خود فقط «حداقل یا حداکثر نرخ سود تسهیلات اعطایی» را معین کرده که ماده ۲ مصوبه آن شورا در تاریخ ۱۳۹۳/۴/۳، بندهای (۲) و (۳) مصوبه این شورا با عنوان «دستورالعمل ناظر بر سیاست‌های پولی و اعتباری کشور» در تاریخ ۱۳۹۴/۲/۸^۶ و نیز بند (۲) «سیاست‌های پولی و اعتباری» سال ۱۳۹۵ از آن جمله‌اند.

اما در برخی از مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار، نرخ سود در قالب یک «عدد ثابت» تعیین و اعلام شد و بانک‌ها و مؤسسات اعتباری باید همین نرخ را در قراردادهای خویش درج می‌کردند؛ به‌عنوان نمونه، بند (۲) قسمت «الف» «سیاست‌های پولی و اعتباری» در سال ۱۳۸۷ نرخ سود ۱۲ درصد را برای تسهیلات در قالب عقود مبادله‌ای^۹ و ماده ۵ «ضوابط سیاستی نظارتی شبکه بانکی کشور» در سال ۱۳۸۹ نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر را ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال را ۱۴ درصد تعیین کرده بود.^{۱۰} همچنین ماده ۹ «سیاست‌های پولی، اعتباری و نظارتی

نظام بانکی کشور» در سال ۱۳۹۰ نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال را ۱۴ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، ۱۵ درصد معین نموده بود.

از مجموع مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار و دستورالعمل‌های بانک مرکزی می‌توان استنباط کرد که در عقود مبادله‌ای، نرخ «سود» در زمان تنظیم قرارداد، «قابل تعیین» است؛ گاه این شورا «دامنه نرخ سود» تعیین نموده، در دوره‌ای، «حداکثر یا حداقل نرخ سود» را مشخص کرده و زمانی هم «نرخ سود» را در قالب «یک عدد ثابت» اعلام و ابلاغ نموده است. در همه این موارد، مصوبات به صراحت بانک‌ها را مکلف به درج «نرخ سود» در قالب این مصوبات، در عقود مبادله‌ای کرده است. در عمل نیز بانک‌ها در زمان پرداخت تسهیلات به مشتریان خویش، نرخ سود قطعی این‌گونه عقود را درج می‌کنند.

اما در عقود مشارکتی با توجه به الزامات «قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌ی آن» و همچنین «دستورالعمل‌های مرتبط با هر یک از مصادیق این عقود» و نیز تصریح «مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار»، «نرخ سود» در زمان «تنظیم قرارداد» مشخص نبوده و لازم است که به‌عنوان «سود مورد انتظار»، پس از پایان پروژه، حسابرسی و احراز سودآوری مشارکت و نیز مشخص شدن میزان سود حاصل شده تعیین شود.^{۱۱}

۲. تبیین رویکردهای مختلف

باید دانست آنچه به صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴ منجر گردید، اختلاف آرای محاکم در مواجهه با شرط نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب در تسهیلات اعطایی بانک‌ها بود. اختلاف نظر طرفین و اقامه‌ی دعوا در قراردادهایی که با شرط نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب در تسهیلات اعطایی بانک‌ها منعقد گردیده بود، سبب دو دستگی محاکم در این باره گردیده بود: گروه نخست، این قرارداد و نرخ سود بالاتر از نرخ مصوب را نافذ و صحیح می‌دانستند و به اصل صحت و آزادی اراده، استدلال و به ماده ۱۰ ق.م. به‌عنوان بیانگر اصل حاکمیت اراده در قوانین موضوعه ایران استناد می‌کردند. گروه دوم، ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکداری بدون ربا» را قاعده آمره دانسته و توافق برخلاف آن را نافذ ندانسته، استناد به ماده ۱۰ ق.م. را به دلیل اینکه قرارداد، مخالف

صریح قانون عملیات بانکداری بدون ربا است، نمی‌پذیرفتند (مرادی، ۱۴۰۰، صص. ۱۴۱-۱۴۲).

با توجه به آنچه بیان گردید، هیأت عمومی دیوان عالی کشور با توجه به صدور آرای مختلف از دادگاه‌ها و به دلیل استنباط متفاوت از قوانین، رأی وحدت رویه ۷۹۴ را صادر کرد. به موجب این رأی، «مستفاد از مواد ۱۰، ۱۱، ۱۴ و ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸ با اصلاحات و الحاقات بعدی و ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸ با اصلاحات بعدی و ماده واحده قانون تأسیس بانک‌های غیردولتی مصوب ۱۳۷۹/۱/۲۱ و دیگر مقررات مربوط، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم‌کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد. بنا به مراتب و با عنایت به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است. براین اساس، رأی شماره ۰۵۸۰-۱۳۹۸/۱/۶ شعبه اول دادگاه تجدیدنظر استان لرستان که با این نظر مطابقت دارد، به اکثریت قریب به اتفاق آراء، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود...».

اما سؤال مهمی که پس از صدور و انتشار این رأی، مطرح شد، این بود که آیا این رأی صرفاً شامل قراردادهای مبادله‌ای با سود مازاد بر دستورالعمل‌های بانک مرکزی می‌شود یا عقود مشارکتی دارای همین ویژگی را نیز می‌توان مشمول آن دانست؟ صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی در مواجهه با این موضوع، رویه‌های مختلفی اتخاذ کرده‌اند که در ادامه به تحلیل آنها می‌پردازیم:

۲-۱. رویکرد مخالفین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر قراردادهای مشارکتی

پس از صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴، «شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی» نسبت به گزارش بانک مرکزی درخصوص «بررسی مسائل و مشکلات مطروحه توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی ناشی از رأی صادره با شماره ۷۹۴ مورخ ۱۳۹۹/۵/۲۱ توسط دیوان عالی کشور مبنی بر ابطال شرط مندرج در قرارداد اعطای

تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات ابلاغی به شبکه بانکی» تشکیل جلسه داد و در تاریخ ۱۳۹۹/۷/۲ در بیست و نهمین مصوبه خود این گونه اظهار نظر نمود:

۱- تخطی از نرخ سود تسهیلات مصوب شورای پول و اعتبار، موجب بطلان قرارداد نمی‌شود و صرفاً ناظر بر تخلف شبکه بانکی کشور بوده و مستوجب اعمال اقدامات انضباطی بانک مرکزی می‌باشد.

۲- اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی توصیه نمی‌شود (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://www.cbi.ir/simplelist/21060.aspx>).

بند نخست این مصوبه، حکمی تکمیلی برای «حکم بطلان شروط مازاد بر نرخ سود تسهیلات اعلامی در تسهیلات مبادله‌ای از سوی شورای فقهی پول و اعتبار»، مندرج در رأی وحدت رویه است و برای بانک‌های عامل طرف قرارداد، «مسئولیت انضباطی» پیش‌بینی کرده است، اما در بند دوم که به موضوع این نوشتار ارتباط دارد، تنها به ذکر یک «توصیه» (و نه حکم قطعی) اکتفا کرده، هیچ استدلالی برای این پیشنهاد ارائه نکرده است و مشخص نیست که مبنای شورای فقهی در خصوص این بند از مصوبه بیست و نهم چه بوده است.

در ادامه، دادستان کل کشور در دی‌ماه ۱۳۹۹ نیز در اظهارنظری موجز، اجمالی و بدون ارائه استدلال و تبیین بیشتر مسئله، ضمن تأکید بر این نکته که «قانون، عطف به ماسبق نمی‌شود، مگر در مواردی که رأی قطعی صادر نشده باشد»، گفت: «رأی وحدت رویه ۷۹۴ فقط ناظر به قراردادهای مبادله‌ای است و شامل عقود مشارکتی نمی‌شود» (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://dadiran.ir/news/98896>).

پس از آن، رئیس قوه قضاییه در جلسه شورای عالی قوه قضاییه در شهریور ۱۴۰۰، ضمن ایراد نقد به تصمیم دیوان عالی کشور درباره «نرخ سود تسهیلات بانکی» متذکر شد: «در صدور رأی وحدت رویه یادشده و بخشنامه صادره در این خصوص، دقت کافی صورت نگرفته» (قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی به آدرس: <https://dadiran.ir/news/98896>). اما ایشان هم بدون ورود مستقیم به بحث موضوع این مقاله، برای نظر خود، دلیل و توضیحی ارائه نکرده است.

در این میان، برخی صاحب‌نظران حوزه حقوق بانکی نیز با این دلیل که «نباید

دستاویزی برای بدهکاران و تسهیلات‌گیرندگان کلان شبکه بانکی باشد تا با تمسک به آن، در عقودی که ماهیت آن متفاوت است، بخواهند از پرداخت بدهیشان شانه خالی کنند؛ چه اگر چنین رویه‌ای جا بیفتد، در نهایت، به ضرر نظام بانکی و سرمایه‌های مردم تمام می‌شود»، بر این اعتقادند که رأی وحدت رویه ۷۹۴، صرفاً ناظر به «عقود مبادله‌ای» است و نسبت به «عقود مشارکتی» تسری پیدا نمی‌کند (حسینی، ۱۳۹۹، ص. ۶)، اما این نظر با نوعی مغلطه همراه است، زیرا اولاً، قطعاً شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر تسهیلات مشارکتی، مطلق نیست و در ادامه خواهیم دید که برای این شمولیت، وجود شرایط و قیودی ضرورت دارد، ثانیاً، بطلان شروط مازاد بر نرخ سود اعلام شده از سوی شورای فقهی پول و اعتبار، به معنی عدم لزوم پرداخت «اصل و همه سود تسهیلات دریافتی» نیست و تنها آن بخش از سود را که مازاد بر مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار است را دربرمی‌گیرد و ثالثاً، همان‌گونه که در ادامه نوشتار بدان خواهیم پرداخت، همه انواع قراردادهای بانکی، جزو عقود تحمیلی هستند و تفسیر آنها باید مبتنی بر حمایت از طرف ضعیف قرارداد باشد، نه طرف قوی طراحی‌کننده شروط و الزامات قرارداد.

بعضی دیگر از صاحب‌نظران این حوزه نیز ضمن اشاره به اعلام‌نظر «بانک مرکزی» در زمینه «سود تسهیلات مشارکتی» به بانک‌ها و مؤسسات اعتباری خصوصی، مبنی بر اینکه «اعطای تسهیلات در قالب «عقود مشارکتی»، از لحاظ حقوقی مبتنی بر شراکت و آثار مترتب بر آن می‌باشد؛ از این رو، بانک و مشتری با یکدیگر شریک بوده و آورده هر یک به عنوان سهم‌الشرکه آنها به حساب می‌آید، لذا در زمان ارائه درخواست انجام مشارکت توسط مشتری، چنانچه عواید برآوردی حاصله، در چارچوب «نرخ بازده مورد انتظار» مصوب شورای فقهی پول و اعتبار باشد، بانک می‌تواند در موضع مشارکت، با مشتری شریک شود... بنابراین چنانچه در این عقود، سودی بیشتر از حداکثر سود مورد انتظار مندرج در قرارداد محقق شود، بانک به نسبت تعیین‌شده در قرارداد، مستحق دریافت آن خواهد بود»، معتقدند نتیجه حقوقی اینکه تسهیلات مشارکتی، فاقد بازده و سود قطعی مشخص در زمان عقد تسهیلات بانکی است، این است که بگوییم «عقود مشارکتی» مشمول رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ نیست (نظافتیان، ۱۴۰۰، ص. ۱).

به اعتقاد این گروه، اولاً، تعیین سود قطعی معاملات دارای بازده نامشخص،

برخلاف اصول و مبانی قانون عملیات بانکی بدون رباست و آنچه «شورای فقهی پول و اعتبار» به عنوان «حداکثر سود تسهیلات مشارکتی» اعلام می‌کند، در واقع، حداکثر «تعهدات مالی تسهیلات گیرندگان» در برابر بانک‌ها برای جبران این میزان سود است، اما اگر «نتایج تسهیلات مشارکتی»، «سود بسیار بالاتر» از «سود مورد انتظار» باشد، بانک نیز به عنوان یکی از شرکاء، به نسبت آورده خود در این سود شریک خواهد بود. این امر، نکته‌ای کلیدی در عملیات بانکی مبتنی بر اصول شرعی است که رأی شماره ۷۹۴ نسبت به آن ابهام دارد، ثانیاً، برخلاف آنچه از متن رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ استنباط می‌شود، بانک مرکزی، هیچ‌گاه در تسهیلات بانکی مشارکتی، حداکثر سود تسهیلات را به صورت قطعی تعیین نمی‌کند و سود قطعی احتمالی «بانک‌ها» و «تسهیلات گیرندگان» در انتهای دوره مشخص می‌شود، ثالثاً، عبارت «سود تسهیلات بانکی» که در رأی یادشده به کار رفته، یک «مفهوم کلی» و «دارای ابهام حقوقی» است و مشخص نیست که منظور دیوان عالی از واژه «سود»، «حداقل سود یا بازده مورد انتظار تسهیلات بانکی» است که به هنگام تنظیم قرارداد تسهیلات براساس مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» بین بانک‌ها و تسهیلات گیرندگان توافق می‌شود یا منظور، «سود قطعی» حاصل از معاملات مشروع بین بانک و تسهیلات گیرنده است و بانک مرکزی یا هیچ مرجع دیگری در تعیین نرخ این سود (سود قطعی تسهیلات مشارکتی) مداخله‌ای ندارد. اگر سود موردنظر، همان نرخ سود موردانتظار است، در این صورت، این همان بانکداری غربی است که از مشخصه‌های آن، توافق وام‌گیرنده و بانک بر نرخ بهره به صورت قطعی است (نظافتیان، ۱۴۰۰، ص. ۱).

درخصوص نظر اخیر نیز باید دانست که اولاً، بخش‌هایی از استدلال ایشان، نظیر بخش نخست و دوم، با این توضیح که اگر بانک تحقق نرخ سود مازاد را اثبات کند، قطعاً ذی‌حق در دریافت آن بوده، از دایره بحث ما خارج است، مورد پذیرش نگارندگان نیز است، ثانیاً، وجود ابهام در عبارت «سود تسهیلات بانکی» در رأی موردنظر اتفاقاً در راستای ادعای ما است و با ادله‌ای که در ادامه بدان‌ها خواهیم پرداخت، این موضوع به خوبی روشن می‌شود.

آخرین نظری که ذیل «رویکرد مخالفین شمولیت» قابل دسته‌بندی است، نظر

شورای هماهنگی بانک‌ها است که این‌گونه بیان داشته است: «براساس تفسیری ناصواب از رأی وحدت رویه مذکور، عقود بانکی اعم از مشارکتی و مبادله‌ای در یک [ردیف] قرار گرفته است و این مطلب علاوه بر ورود میلیاردها ریال خسارت به شبکه بانکی، منجر به طرح دعاوی عمده علیه بانک‌ها شده؛ علاوه بر آن با بروز اثر نامطلوب در اذهان مراجع ثبتي و قضایی، احکام سنگینی علیه بانک‌ها و به نفع ابردهکاران صادر شده است». ایشان در ادامه چهار نکته بیان کرده‌اند که تنها نکات اول و دوم مرتبط با بحث حاضر است: «اول. در عقود مبادله‌ای نرخ سود ابلاغی از ناحیه بانک مرکزی به شبکه بانکی کشور به صورت قطعی بوده و تخلف از [آن، از] مصادیق دریافت سود مازاد خواهد بود و می‌بایست صرفاً با ابطال آن بخش، مبالغ اضافه دریافت شده عیناً به تسهیلات‌گیرنده مسترد شود. دوم. در عقود مشارکتی از آنجایی که مشتری بدهکار بانک نبوده، بلکه شریک بانک می‌باشد و عین مبلغی که از بانک دریافت می‌نماید، در اصل سهم‌الشرکه بانک بوده و متعلق به بانک می‌باشد و ایضاً هر گونه ارزش افزوده و یا تبدیلی هم که بر اصل سهم‌الشرکه بانک ایجاد شود، متعلق [به] بانک خواهد بود؛ همانند مشارکت مدنی و مضاربه، لذا نرخ سود قطعی پس از پایان موضوع مشارکت مشخص خواهد شد. علاوه بر آن، چنانچه نرخ به‌عنوان نرخ سود ابرازشده از طرف تسهیلات‌گیرنده در قرارداد فی‌مابین بانک و مشتری توافق و درج گردد که با نرخ سود موردانتظار که از ناحیه بانک مرکزی ج.ا.ایران به بانک‌ها ابلاغ شده، بیشتر باشد، مشمول عنوان سود مازاد نبوده و بانک مستحق دریافت آن خواهد بود، بنابراین رسیدگی قضایی و ثبتي نسبت به موضوع قراردادهای مشارکتی، خروج موضوعی داشته و قابل رسیدگی به شرح مذکور نخواهد بود. بر این مبنا، تسهیلات مشارکتی از شمول نرخ سود قطعی معاف بوده و مشمول تضمینی نرخ سود علی‌الحساب در هنگام انعقاد قرارداد می‌باشند، لذا سود قطعی در پایان دوره مشارکت تعیین شده و قطعیت می‌یابد».

نکته اول مندرج در این نظر، درخصوص تسهیلات مبادله‌ای است که محل اختلاف نیست، اما در باب نکته دوم، بخش نخست این نظر مبنی بر «مشارکت بانک با مشتری» در عقود مشارکتی مورد پذیرش ما نیز است، لکن آنچه محل نزاع است، مبتنی بر این است که این تشریفات این عقود در عمل به درستی رعایت نمی‌شود و «ارزش افزوده» واقعی بر اصل سهم‌الشرکه بانک، در حاق واقع، محاسبه نمی‌شود که بخواهد در دایره

سهم بانک قرار گیرد؛ چه آنکه اگر این حسابرسی دقیق و واقعی صورت گیرد، از دایره رأی یادشده خارج است و ما نیز بر آن نظر داریم. از سوی دیگر، این ادعا که «نرخه که به عنوان نرخ سود ابرازشده از طرف تسهیلات گیرنده در قرارداد فیما بین بانک و مشتری توافق و درج گردد که با نرخ سود مورد انتظار که از ناحیه بانک مرکزی ج.ا.ایران به بانکها ابلاغ شده، بیشتر باشد، مشمول عنوان سود مازاد نبوده و بانک مستحق دریافت آن است» اولاً، در اطلاق قراردادهای مشارکتی، همه آن، به عنوان «سود» درج شده و ادعای موردنظر که خلاف این اطلاق است باید از سوی شورای هماهنگی باید به اثبات برسد؛ اساساً إصالة الاطلاق که از جمله اصول مهم لفظیه است، خلاف ادعای موردنظر است و عدم تحقق آن، دست کم نیازمند «قرینه صارفه»^{۱۲} است که در قراردادهای مربوط به تسهیلات مشارکتی، چنین قیدی دیده نمی شود.

شایان ذکر است علاوه بر آنچه در تحلیل و نقد نظرات فوق بیان کردیم، در بخش «تبیین نظر مختار»، به تحلیل و فهم بهتر موضوع خواهیم پرداخت و نکات ویژه و استدلال‌های دیگری را نیز بیان خواهیم کرد.

۲-۲. رویکرد موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر قراردادهای مشارکتی

در مقابل گروه نخست، برخی دیگر از متخصصان حوزه بانکداری اعتقاد دارند که رأی وحدت رویه ۷۹۴ شامل «عقود مشارکتی» نیز می شود و برای تأیید نظر خود، به استناد این رأی به ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا»^{۱۳} اشاره می کنند که به موجب آن، می توان رأی یادشده را ناظر به هر دو دسته «عقود مبادله‌ای و مشارکتی» دانست؛ علاوه بر اینها باید تأکید کرد از آنجاکه بانکها زیرساخت لازم و امکان محاسبه دقیق سودوزیان واقعی موضوع مشارکت را ندارند و دریافت کنندگان تسهیلات نیز به دلیل عدم آگاهی یا عدم داشتن دغدغه لازم، به محاسبه سودوزیان واقعی تمایلی نشان نمی دهند، بنابراین آنچه در عمل و در حاق واقع رخ می دهد این است که بانکها همان نرخ سود انتظاری را در پایان دوره مشارکت بدون هیچ کم و کاستی، مبنای دریافت سود خود قرار می دهند (مرادی، ۱۴۰۰، ص. ۱۵۴) و بانکها در صورت عدم دریافت آن از طرف مقابل، آن را مبنای خواسته خویش در مراجع قضایی قرار می دهند.

مضافاً آنکه بانک مرکزی و شورای فقهی پول و اعتبار، در بسته‌های سیاستی و

نظارتی خود، علاوه بر مصالح ملی کشور و اجرای سیاست‌های کلی اقتصادی، منافع هر دو طرف قراردادهای بانکی را نیز در نظر می‌گیرند و لذا نقض مصوبات مذکور، به معنای اقدام برخلاف مصالح نظام و سیاست‌های کلی اقتصادی کشور و براین اساس، هر گونه تخلف و تخطی از نظامات بانکی، اقدامی برخلاف نظم عمومی محسوب می‌شود (اخوانی، ۱۴۰۰، ص. ۱).

علاوه‌براین، رأی یادشده به صراحت، «مصوبات بانک مرکزی» و «شورای فقهی پول و اعتبار» راجع به «حداقل و حداکثر سود بانک‌ها و مؤسسات اعتباری» را از جمله «قواعد آمره» اعلام نموده است (مرادی، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۲)، لذا می‌توان عمومیت رأی یادشده را بر «عقود مشارکتی» هم پذیرفت، زیرا آمره‌بودن قواعد و مقررات بانکی، وصفی نیست که ویژه «قراردادهای مبادله‌ای» باشد و می‌توان آن را به «عقود مشارکتی» نیز تسری و تعمیم داد.

۳. تبیین نظر مختار

پس از طرح نظرات گروه مخالفین و موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی باید به تبیین نظر مختار و استدلال‌های مرتبط با آن بپردازیم، اما پیش از آن، ذکر نکاتی چند ضروری است:

نخست، درباره مصوبه شماره (۲۹) شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی مبنی بر بررسی مسائل و مشکلات مطروحه توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری غیربانکی ناشی از رأی وحدت رویه ۷۹۴ باید دانست، اولاً، بند نخست این مصوبه، با تصریح بر اینکه عدم رعایت مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار، سبب بطلان قرارداد نمی‌شود و ضمانت اجرایی در قالب «مسئولیت اداری و انضباطی بانک عامل» را در پی دارد، درخصوص اصل حکم اظهارنظر کرده است؛ امری که تخصصاً خروج موضوعی از این نوشتار دارد و بررسی دقیق و مبنایی آن، مجال دیگری می‌طلبد که البته پیش از این، برخی صاحب‌نظران حوزه بانکی (سیاه‌بیدی کرمانشاهی، ۱۳۹۹، صص. ۸۷-۱۰۸)، آن را محور مطالعه خود قرار داده‌اند، ثانیاً، بخش دوم این مصوبه، بدون ارائه هیچ‌گونه استدلالی، صرفاً به این مسئله بسنده کرده است که از نظرگاه فقهی بهتر است که نسبت به «نرخ سود» در عقود مشارکتی، سقفی در نظر گرفته نشود که به‌نظر می‌رسد مبنای

این نتیجه‌گیری، احترام حکومت اراده‌ها و حاکمیت اصل آزادی قراردادی بر تعیین نرخ سود مورد توافق طرفین است و حال آنکه پذیرش این حکم منوط به این است که علاوه بر لزوم تعیین سقف نرخ سود از سوی بانک مرکزی برای این‌گونه قراردادها، سود قطعی احتمالی با حسابرسی مستقل و دقیق، تعیین شود، نه آنکه همان نرخ سود انتظاری که در قرارداد درج شده به‌عنوان مبنایی جهت تعیین تکلیف روابط بانک و مشتریان لحاظ شود؛ نکاتی که در بندهای سوم و چهارم در همین صفحه مورد تأکید قرار گرفته است.

دوم، درخصوص نقد رئیس قوه قضاییه مبنی بر عدم دقت کافی در صدور رأی وحدت رویه ۷۹۴ باید دانست با وجود آنکه سخنان ایشان در باب لزوم جلوگیری از سوءاستفاده برخی از تسهیلات‌گیرندگان برای ثروت‌اندوزی از مسیرهای غیرقانونی و نامشروع، رأی یادشده تنها در مقام بیان آمه‌بودن مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» در تعیین «نرخ سود بانکی» و عدم امکان توافق طرفین برخلاف این مقررات است و اساساً ورودی به موضوع و محل «مصرف تسهیلات» نداشته و شاهد مثال آن، این است که رأی یادشده برای حل تعارض بین دو رأی قطعی صادره از محاکم لرستان و مازنداران است، لذا نمی‌توان از آن چنین برداشت شود که نقد ایشان درخصوص عدم تسری رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی» است. دادستان کل کشور نیز در نظر خود مبنی بر «عدم شمولیت آن رأی بر قراردادهای مشارکتی» دلیل خاصی بیان نکرده و تنها به ذکر همین نکته اکتفا نموده است.

سوم، همان‌گونه که از متن رأی وحدت رویه مورد بحث به روشنی استفاده می‌شود، قرارداد اعطای تسهیلات فقط نسبت به سود مازاد بر مصوبات بانک مرکزی، قابل اعمال است، بنابراین تردیدی نیست که اصل قرارداد و نیز سود آن، در حدی که مازاد بر مصوبات مذکور نیست، به صحت و اعتبار خود باقی است؛ به‌بیان‌دیگر، شمول این رأی مشروط به وجود مصوبه بانک مرکزی در خصوص حداقل و حداکثر سهم سود در زمان اعطای تسهیلات مربوط است. بنابراین اگر در خصوص برخی از انواع قراردادهای اسلامی تسهیلات بانکی، در زمان اعطای تسهیلات، از سوی بانک مرکزی، سقف سود تعیین نشده باشد، موضوع از شمول رأی وحدت رویه مذکور، خروج

موضوعی دارد (نظریه شورای فقهی - مشورتی دیوان عالی کشور مورخ ۱۴۰۱/۷/۲۵؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://divanealee.eadl.ir>).

چهارم، بانک‌ها در «عقود مشارکتی» حق درج نرخ «سود مورد انتظار»، مخالف «دامنه سود» («بیشتر از حداکثر» یا «کمتر از حداقل») مورد نظر «شورای فقهی پول و اعتبار» براساس دامنه سود در سال مربوطه ندارند، اما در صورتی که تسهیلات گیرنده‌ای با ارائه اسناد و مدارک مثبت، عدم تحقق «سود مورد انتظار» مبنای اعطای تسهیلات را اثبات کند، حسب گزارش کارشناسی و تصمیم قضایی، موضوع «عدم تحقق سود مشارکت»، مورد حکم قرار خواهد گرفت. در عین حال، چنانچه بانکی تحقق «سود واقعی» بیشتر از «سود مورد انتظار» موضوع تسهیلات را نزد مرجع قضایی اثبات کند، مستحق دریافت سود مازاد مربوطه خواهد بود (فراهانی، ۱۳۹۹، ص. ۱)، زیرا اولاً، رأی وحدت رویه ۷۹۴ نسبت به آن ساکت است و مقررهای ندارد و ثانیاً، در این دو حالت، بحث از شمولیت یا عدم شمولیت رأی وحدت رویه مذکور بر «عقود مشارکتی»، محملی ندارد؛ چه همان‌گونه که پیش از این بدان پرداختیم، در این موارد، عدم تعیین سود ثابت در زمان انعقاد عقود مشارکتی که از جمله اوصاف اساسی این قراردادها است، به درستی رعایت شده است.

پنجم، در سال‌هایی که شورای فقهی پول و اعتبار نرخ سود مورد انتظار را به صورت حداقلی تعیین نموده است، [قراردادهای منعقدشده در آن زمان]، مشمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ نمی‌شود، ولی در سال‌هایی که نرخ مذکور دارای نرخ حداکثری بوده، ولی بانک برخلاف مصوبات شورای پول و اعتبار، نرخ بالاتری از حداکثر تعیین شده را در محاسبات خود اعمال و سود مازاد را مطالبه نموده است، نرخ مذکور باید به نرخ حداکثر مصوب شورای فقهی پول و اعتبار تعدیل گردد (بخشنامه معاونت امور بانکی، بیمه و شرکت‌های دولتی وزارت امور اقتصادی و دارایی، مورخ ۱۴۰۰/۱۰/۱۲؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://mefa.ir/fa-IR/mefa/1/page>).^{۱۴}

نگارندگان ضمن تأیید دلایل موافقین شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی»، معتقدند به استناد دلایل زیر نیز می‌توان بر این نظریه، مهر تأیید زد:

۱-۳. ورود «نظم عمومی اقتصادی» بر «احکام صحت شروط» در خصوص «شرط سود» مندرج در قراردادهای بانکی

شیوه نگارش، نحوه استدلال و استنادهای هیأت عمومی دیوان عالی کشور در تنظیم رأی وحدت رویه ۷۹۴ دلالت بر این دارد که آن هیأت، مصوبات و دستورالعمل‌های بانک مرکزی را آمره و لازم‌الاجرا دانسته و تخلف بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در اجرای این دستورالعمل‌ها را مخل نظم عمومی اقتصادی و تجاری محسوب نموده و بر این اساس، به استناد ماده ۶ «قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی»، ضمانت اجرای عدم تبعیت بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از مصوبات مارالذکر را بطلان شرط سود مازاد بر این مصوبات اعلام کرده است.

نکته‌ای که در این مجال باید مورد توجه قرار گیرد، این است که رأی وحدت رویه ۷۹۴ از جهت ایجاد محدودیت در نرخ سود قراردادهای، براساس «مبانی فقهی»، قابل نقد است و حتی در خصوص «عقود مبادله‌ای» هم نباید قابل پذیرش باشد، زیرا اولاً، براساس اصل آزادی اراده‌ها، اراده آزاد طرفین قراردادهای به‌عنوان «قاعده» بر تراضی آنان حکومت دارد (حائری، ۱۳۷۳، ص. ۹) و اصولاً اشخاص می‌توانند به میل خود، شرایط ضمن عقد و محتوای قرارداد را تعیین کنند (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۴۷)؛ نکته‌ای که در رأی وحدت رویه ۸۰۵ در باب «حذف سقف وجه التزام پولی» در عقود بانکی، تا حدود زیادی تبلور یافت و مبنا قرار گرفت، ثانیاً، مطابق این قواعد، صرفاً شرطی باطل^{۱۵} است که خلاف شرع بوده، شرعاً مجاز و روا نباشد (محقق داماد، ۱۳۹۰، ب، ص. ۱۱۶).

اما آنچه سبب دورشدن «قراردادهای مبادله‌ای» از «احکام صحت شروط» گردیده و سبب شده که این رأی را بر اساس قواعد اصولی «وارد» بر آن بدانیم (شب‌خیز و محمدتبار، ۱۳۹۳، ص. ۳۴۰)، «نظم عمومی اقتصادی و تجاری» کشور است. منظور از «نظم عمومی اقتصادی»، قوانینی است که هدف از وضع آن، حفظ منافع عمومی است و تجاوز از آن، نظم را که لازمه حسن جریان امور اقتصادی و تجاری کشور است، برهم می‌زند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص. ۵۸۸). نظم عمومی اقتصادی، خود دارای دو مفهوم سنتی و نوین است؛ آن هم نظم عمومی اقتصادی که در عصر حاضر، جنبه نوین و متفاوتی نسبت به گذشته یافته است، چراکه ورود مفهوم «نظم عمومی اقتصادی» به

ادبیات حقوقی از دستاوردهای حقوق قرن بیستم است و گفته شده است که قبل از آن سابقه‌ای ندارد (الفت، ۱۳۸۴، ص. ۷۳). البته در گذشته هم قوانینی با صبغه نظم عمومی وضع شده است که وجهه اقتصادی داشته‌اند، ولی هدف از وضع آن قواعد حمایت از آزادی معاملات و فعالیت‌های اقتصادی بود (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۴)، لیکن مفهوم نظم عمومی اقتصادی نوین که امروزه در قواعد حقوق مدنی قرن بیستم به بعد جای گرفته است، معنایی متفاوت دارد و دارای هدفی دیگر است. در این مفهوم، دولت‌ها با نام «توزیع عادلانه ثروت در اجتماع»، اقتصاد جامعه را در نظارت و رهبری خود می‌گیرند که مبنای این دخالت در امور اقتصادی، نظم عمومی است (الفت، ۱۳۸۴، ص. ۷۴).

این نظم که دارای جنبه حمایتی است و به دلیل افزایش دامنه قلمرو وظایف دولت‌ها در اداره اجتماع و دخالت گسترده دولت در امور اقتصادی، پا به عرصه وجود گذاشته است (صفایی، ۱۳۸۹، ص. ۵۲)، بر این مبنا استوار است که قرارداد همیشه نمی‌تواند عدالت را مستقر کند و جایی که دو طرف قرارداد، در سطح اقتصادی برابر نیستند، برای جلوگیری از تجاوز توانا به ناتوان، قانون‌گذار ناگزیر بایستی از ناتوان حمایت کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۶۷). قوانینی که درباره تعیین ارزش پول، تثبیت نرخ بهره و ورود و خروج ارز وضع شده از قواعد مربوط به این نظم است و هیچ شخصی نمی‌تواند حتی از طریق قرارداد، نظم عمومی و اقتصادی که با توجه به مصالح جامعه معین شده است را برهم زند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۱، ص. ۱۷۹).

با این وصف، همه دستورالعمل‌های بانک مرکزی، از جمله مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» در خصوص «نرخ سود» نیز به‌عنوان بخشی از این نظم عمومی اقتصادی قابل دسته‌بندی است و با وحدت ملاک از همین مبنا می‌توان «عقود مشارکتی» را مشمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ دانست.

۲-۳. اطلاق عبارات رأی

از وجه دیگر، عبارات «قرارداد تسهیلات» و «سهم سود» در رأی یادشده به‌صورت «مطلق» آمده است. از آنجاکه بنا به نظر مشهور فقهای اصولی، در موارد تردید، باید به استناد قواعدی چون «اصاله الإطلاق» و «اصاله عدم التقدير»، نظر به شمولیت عبارت مطلق بر جمیع مصادیقش داد، باید بپذیریم که «عقود مشارکتی» مشمول رأی وحدت

رویه ۷۹۴ می‌شود، زیرا اولاً، اصل بر این است که اگر در عبارتی لفظ مطلق بدون قید و وصف محدودکننده استعمال شود، به آن به صورت مطلق عمل شود، مگر اینکه گوینده قید و وصفی بیاورد که دایره شمول مطلق را به گونه‌ای محدود و مقید سازد (محقق داماد، ۱۳۹۰. الف، ج ۱، ص. ۶۶؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۵۷)، ثانیاً، بنابر اصل عدم تقدیر، فرض این است که گوینده آنچه را منظور داشته است، بیان و ظاهر نموده، به گونه‌ای که شنونده و خواننده از استماع و قرائت کلام وی، پی به مقصود او ببرد (محقق داماد، ۱۳۹۰. الف، ج ۱، ص. ۶۷؛ سبحانی، ۱۳۹۱، ص. ۵۷)، لذا با یقین بر «عدم وجود قرینه» در عبارت می‌توان ادعا کرد همان معنایی که از اطلاق ظاهر عبارات فهمیده می‌شود (انصاری، ۱۴۴۲ق، ص. ۱۳۵)، مراد هیأت عمومی دیوان عالی کشور بوده است و عملاً «قراردادهای مشارکتی» هم در دایره این معنا جای می‌گیرد.

این اشکال احتمالی که سود درج شده در قراردادهای مشارکتی، «سود انتظاری» است و نه «سود معین»، هم نمی‌تواند مانع از استناد به این اصول باشد، زیرا این شرط، در تعارض با اصول یادشده نیست و در هر حال، سهم سودی که مطابق تشریفات و الزامات قراردادهای مشارکتی بانکی باید در پایان مشارکت و حسابرسی محاسبه شود، نباید خارج از محدوده مصوبات «شورای فقهی پول و اعتبار» باشد والا به دلیل بالا، فاقد اعتبار است.

۳-۳. دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی

علاوه بر آنچه در قسمت قبل بیان گردید، به «دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری» باید نظر به شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی» داد؛ توضیح آنکه معنا و مدلول عبارات، منحصر به منطوق و مفهوم نیست، بلکه در پاره‌ای موارد، برخی عبارات بر معنای دیگری غیر از منطوق و مفهوم دلالت می‌کند که اصطلاحاً به آن «دلالت سیاقی» می‌گویند. در دلالت سیاقی آنچه از کلام فهمیده می‌شود، لازمه آن کلام است، اما این لزوم به صورت بین و واضح نیست (قافی و شریعتی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص. ۱۷۹)؛ از سوی دیگر، مفهومی که برداشت آن از عبارت، «مسلم» است و مستلزم هیچ گونه تقدیری نیست و در مقابل، ساختار عبارت به گونه‌ای است که نظر گوینده، بر لازمه آن است، «مدلول تنبیهی» دانسته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۵۷).

در اینجا هم آنچه از «فحوای سیاقی» رأی برمی‌آید، این است که به «دلالت تنبیهی» باید آن را شامل «قراردادهای مشارکتی» بدانیم، چراکه لازمه آمره بودن مصوبات شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی در خصوص «حداقل و حداکثر سهم سود بانک‌ها» و در نتیجه آن، «بطلان شرط» مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به «سود مازاد بر مصوبات مذکور» و نیز «عدم وجود مانعی تقدیری» بر اطلاق شمول رأی، این است که توأمان آن را شامل تمام «عقود مبادله‌ای و مشارکتی» بدانیم و این همان نتیجه‌ای است که به دلالت یادشده از سیاق و ساختار عبارت، قابل استنباط است.

۴-۳. قاعده «تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در عقود الحاقی

جایگاه تفسیر قرارداد، هنگامی است که قرارداد، مبهم است یا شروط متعارض در آن پیش‌بینی شده است، لذا هر گاه مفاد قرارداد، فاقد هر گونه ابهامی باشد، دادرس حق تفسیر آن را ندارد (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، ص. ۳۱۹). پیش از انعقاد قرارداد مرسوم است که طرفین، آزادانه درباره حقوق و تعهدات خود به گفتگو می‌نشینند و پس از رسیدن به توافق، آن را با ایجاب و قبول منعقد می‌نمایند، اما همیشه این‌گونه نیست و در برخی موارد، قرارداد از سوی یکی از طرفین، تنظیم و توسط طرف دیگر قبول می‌شود؛ این مربوط به جایی است که دو طرف از شرایط یکسان برخوردار نیستند و به همین دلیل، ممکن است یک طرف، شروطی در قرارداد بگنجانند که کاملاً به نفع او است. در این حالت، در صورت ابهام در مفاد شروط مزبور، قرارداد بایستی به نفع طرف دیگر تفسیر گردد (شعاریان و ترابی، ۱۳۹۵، صص. ۳۳۲-۳۳۳).

در نوع قراردادها در مقام تفسیر قرارداد، گاه نمی‌توان به قاعده اصیل و اولیه تفسیر که همانا «کشف قصد» است، عمل کرد و برای یافتن حقیقت ناگزیر باید در گردش «ترجیحات به ظاهر بلامرجح»، یکی از تفاسیر را بر دیگری ترجیح داد. منطق و عدالت اقتضا می‌کند، ملاکی برای برخورد یکسان و غیرسلیقه‌ای با مسئله واحد در نظر گرفته شود تا از یکسو، «اصل تساوی» رعایت شود و از سوی دیگر، ترجیح ضابطه‌مندی باشد که به «انصاف» نزدیک‌تر است و به بیان دیگر، «ما لایدرک کله، لایترک کله» (اسلامی و قنواتی، ۱۳۹۸، ص. ۷۰).

یکی از قواعدی که در فرض موردنظر می‌تواند به یاری بیاید، «قاعده تفسیر به زیان

تنظیم‌کننده» است که برای نخستین بار در مقاله‌نامه بیع بین‌المللی وین مورد توجه قرار گرفت (حبیبی، ۱۳۹۶، ص. ۳۰۹) و در حال حاضر، در اسناد بین‌المللی متعددی، از جمله ماده (۵:۱۰۳) «اصول حقوق قرارداد اروپا» (PECL) (حبیبی درگاه، ۱۳۹۵، ص. ۴۵)، بند اول ماده (۸:۱۰۳) کتاب دوم «پیش‌نویس قانون مدنی اتحادیه اروپا» (DCFR)، ماده (۶-۴) «اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی» (UPICC) (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص. ۱۳۰) و نظام‌های حقوقی داخلی بسیاری کشورها، از جمله فرانسه (نوری، ۱۳۹۰، ص. ۲۸) و مصر (نوری، ۱۳۹۲، ص. ۴۵) نیز پذیرفته شده است. در حقوق ایران، با وجود آنکه این قاعده در هیچ‌یک از قوانین و مقررات پیش‌بینی نشده، اما بر مبنای انصاف، دلیل عقل و بنای عقلا می‌توان بر صحت آن حکم داد.

«قاعده تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در «قراردادهای معمول» که دو طرف از سطح واحد مالی و اقتصادی برخوردارند، به‌عنوان یک «قاعده ثانویه» شناخته می‌شود، اما در قراردادهای الحاقی، اصلی ثانویه نیست و باید به‌عنوان «اصل اولیه»، ملاک تفسیر قرار گیرد، زیرا در این نوع قراردادهای، کشف قصد در عبارات قراردادی موضوعیت ندارد و مشتری فقط کلیت قرارداد را قبول می‌کند و در خصوص جزئیات، توان چانه‌زنی و مذاکره ندارد (پاکباز، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۸). با این وصف، بی‌گمان انصاف حکم می‌کند که اگر یکی از دو طرف، امتیاز تنظیم قرارداد و تحمیل شروط آن را به خود اختصاص دهد، زیان‌های ناشی از ابهام قرارداد و وجود شروط متعارض را نیز باید تحمل کند (پاکباز، ۱۴۰۱، ص. ۲۳۷).

از آنجاکه همه «قراردادهای بانکی» با توجه به جایگاه بانک‌ها نسبت به تسهیلات‌گیرندگان و ساختار و تشریفات که این عقود دارند، از جمله عقود الحاقی محسوب می‌شوند و به دلیل آنکه شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر «عقود مشارکتی»، در راستای قاعده یادشده قرار می‌گیرد، لذا این الزام را ایجاد می‌کند که قراردادهای حاوی شروط مازاد نرخ سود بر مصوبات بانک مرکزی به‌گونه‌ای تفسیر شود که دامنه مندرج در دستورالعمل‌های شورای فقهی پول و اعتبار بر عقد مشارکتی حاکم باشد و أخذ سود بیشتر از دامنه مصوب با ممنوعیت مواجه شود و این امر، نتیجه‌ای جز شمولیت رأی وحدت رویه ۷۹۴ بر عقود مشارکتی به دنبال نخواهد داشت.

نتیجه‌گیری

رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴-۱۳۹۹/۵/۲۱ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به «سود مازاد» بر مصوبات بانک مرکزی را باطل اعلام کرد و اختلاف رویه دادگاه‌ها در این خصوص را پایان داد. صاحب‌نظران و کارشناسان حوزه حقوق بانکی، از جهات مختلف به نقد و بررسی این رأی پرداخته‌اند. برخی، از جهت «شیوه استدلال و نتیجه‌گیری»، آن را مورد نقد و بررسی قرار داده و برخی دیگر، در مورد «دامنه شمول» این رأی به بحث و نظر پرداخته‌اند.

در این میان، برخی معتقدند براساس مبانی فقهی و ماهیت عقود مشارکتی، رأی یادشده شامل این قراردادها نمی‌شود، زیرا درج «سود مورد انتظار» فقط برای اثبات جواز ورود بانک برای انعقاد این قراردادها است و نرخ سود در این عقود باید پس از پایان مشارکت و حسابرسی معین شود؛ در مقابل، عده‌ای دیگر معتقدند رأی مزبور شامل عقود مشارکتی هم می‌شود، زیرا آنچه تحت عنوان نرخ «سود مورد انتظار» در این قراردادها درج می‌شود، در عمل، مبنای محاسبه و تنظیم روابط بانک و مشتریان است.

آنچه علاوه بر تأکید بر این مهم که اگر بانکی تحقق «سود واقعی» بیشتر از «سود مورد انتظار» موضوع تسهیلات در قراردادهای مشارکتی را ثابت کند، مستحق دریافت سود مازاد مورد نظر است، از این پژوهش قابل نتیجه‌گیری است، این است که اولاً، مورد استناد قرار گرفتن ماده ۲۰ «قانون عملیات بانکی بدون ربا» در رأی شماره ۷۹۴ و تأکید آن بر «نقش تنظیم‌کنندگی بانک مرکزی» در نظام پولی و اعتباری کشور و نظارت بر حسن اجرای آن، ثانیاً، «عدم امکان محاسبه دقیق سودوزیان واقعی» موضوع مشارکت در «قراردادهای مشارکتی»، ثالثاً، «آمره بودن مصوبات و دستورالعمل‌های بانک مرکزی» راجع به «نرخ سود» بانک‌ها، از جمله «دامنه سود» در «قراردادهای مشارکتی»، رابعاً، «ورود نظم عمومی اقتصادی» بر «احکام صحت شروط» در خصوص «شرط سود» مندرج در قراردادهای بانکی، خامساً، دلالت تنبیهی و فحوای ساختاری و سیاقی رأی اطلاق عبارات «قرارداد تسهیلات» و «سهم سود» در رأی مزبور و قابلیت استناد به اصول لفظی‌ای، نظیر اصالة الإطلاق و به‌ویژه اصالة عدم التقدير در این فرض، سادساً،

امکان استناد به قاعده «تفسیر به زیان تنظیم‌کننده» در عقود الحاقی (به این دلیل که قراردادهای بانکی، از جمله مصادیق عقود الحاقی هستند)، جملگی تنها رهیافتی که به دنبال دارد، لزوم شمول رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور بر «عقود مشارکتی» است، لذا به موجب ادله یادشده، پیشنهاد مشخص نگارندگان اصلاح این رویکرد و اصدار رأیی جدید و ناسخ رأی قبلی از سوی هیأت عمومی دیوان عالی کشور در باب پذیرش شمولیت قاعده آمره موردنظر این نهاد بر عقود مشارکتی در کنار عقود مبادله‌ای و منع درج سود مازاد بر نرخ اعلامی از سوی بانک مرکزی برای حفظ منافع عمومی و حمایت از تسهیلات گیرندگان است.

یادداشت‌ها

۱. مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۲۹ مورخ ۱۳۹۹/۷/۲: «۱- تخطی از نرخ سود تسهیلات مصوب شورای پول و اعتبار موجب بطلان قرارداد نمی‌شود و صرفاً ناظر بر تخلف شبکه بانکی کشور بوده و مستوجب اعمال اقدامات انضباطی بانک مرکزی می‌باشد. ۲- اعمال سقف نرخ سود در عقود مشارکتی از منظر فقهی توصیه نمی‌شود».
۲. مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۱۷ مورخ ۱۳۹۸/۸/۲۹: «اعطای تسهیلات در قالب عقود مشارکتی فقط به طرح‌هایی که امکان محاسبه سود و زیان آن از طریق انجام حسابرسی مستقل امکان‌پذیر است، محدود شود».
- مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۲۳ مورخ ۱۳۹۹/۳/۷: «محاسبه و شناسایی درآمد تسهیلات اعطایی در قالب عقود مشارکتی طی دوران مشارکت بر مبنای پیشرفت کار و زمان مغایر با موازین شرعی تشخیص داده نشد».
- مصوبه شورای فقهی پول و اعتبار بانک مرکزی، جلسه شماره ۳۰ مورخ ۱۳۹۹/۷/۱۶: «اعطای تسهیلات در قالب مشارکت مدنی به خریداران کالا... اگر با تعیین سود قبلی باشد، مجاز نیست...».
۳. لازم به ذکر است که تعیین «نرخ سود» در «بانک‌های خصوصی» تا سال ۱۳۸۴، به عهده خود بانک‌ها گذاشته شده بود، اما پس از آن بانک مرکزی در قالب دستورالعمل‌های آمره به این بانک‌ها ابلاغ می‌کند.

۴. ماده (۶): «نرخ سود عقود مبادله‌ای (عقود غیرمشارکتی) تا سررسید ۲ سال، معادل ۱۱ درصد و برای سررسید بیشتر از ۲ سال، ۱۴ درصد تعیین می‌شود. به استناد بند ۱ و ۲ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز دامنه نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد بین مؤسسه اعتباری و مشتری بین ۱۴ تا ۱۷ درصد تعیین می‌شود...».
۵. ماده (۹): «نرخ سود عقود غیرمشارکتی تا سررسید ۲ سال، معادل ۱۴ درصد و برای سررسید بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۵ درصد تعیین می‌شود. دامنه نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد بین مؤسسه اعتباری و مشتری بین ۱۸ تا ۲۱ درصد تعیین می‌شود. بدیهی است نرخ سود قطعی عقود مشارکتی پس از اتمام طرح و بر مبنای عملکرد واقعی طرح تعیین می‌گردد...».
۶. ماده (۲): «حداکثر نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری معادل ۲۲ درصد تعیین می‌گردد. حداقل نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی هنگام عقد قرارداد بین بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و مشتری معادل ۲۱ درصد تعیین می‌شود...».
۷. بندهای (۲) و (۳): «حداکثر نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری معادل ۲۱ درصد تعیین می‌شود. سقف نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی هنگام عقد قرارداد بین بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و مشتری ۲۴ درصد تعیین می‌شود...».
۸. بند (۲): «تعیین نرخ سود تسهیلات عقود غیرمشارکتی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری و همچنین نرخ سود مورد انتظار عقود مشارکتی قابل درج در قرارداد میان بانک یا مؤسسات اعتباری و مشتری، حداکثر معادل ۱۸ درصد خواهد بود.».
۹. بند (۲) قسمت «الف»: «نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر، معادل ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۴ درصد تعیین می‌شود. نرخ سود علی‌الحساب عقود مشارکتی در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا و به نسبت مشخص شده در قرارداد تعیین می‌گردد. ضمناً نرخ سود فروش اقساطی تسهیلات در بخش مسکن معادل ۱۲ درصد خواهد بود.».
۱۰. بند (۲) قسمت «الف»: «نرخ سود عقود مبادله‌ای تا سررسید ۲ سال و کمتر، معادل ۱۲ درصد و برای بیشتر از ۲ سال، معادل ۱۴ درصد تعیین می‌شود. نرخ سود علی‌الحساب عقود مشارکتی در چارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا و به نسبت مشخص شده در قرارداد تعیین می‌گردد. ضمناً نرخ سود فروش اقساطی تسهیلات در بخش مسکن معادل ۱۲ درصد خواهد بود.».

۱۱. ماده (۱۲): «در پایان مدت قرارداد، پس از وضع تمامی هزینه‌های مشارکت، مانده حساب مشترک مشارکت مدنی پس از برداشت سرمایه هریک از شرکاء، نشان‌دهنده سود مشارکت می‌باشد و سود مذکور به نسبت... درصد سهم بانک/مؤسسه اعتباری و درصد سهم شریک بین بانک/مؤسسه اعتباری و شریک تقسیم خواهد شد.»

۱۲. «قرینه صارفه»، مقابل «قرینه معینه» بوده، عبارت است از قرینه‌ای که کلام را از معنای حقیقی خود برگردانده، بر معنای مجازی آن حمل می‌نماید، یعنی بیان‌گر این مطلب است که مراد جدی متکلم، معنای مجازی کلام وی است نه معنای حقیقی آن. این قرینه را از آن‌رو «صارفه» می‌گویند که لفظ را از معنای حقیقی خود به معنای مجازی منصرف می‌کند (دانشنامه اسلامی (برخط)، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی وابسته به دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <http://wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>).

۱۳. ماده ۲۰: «بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حسن اجرای نظام پولی و اعتباری کشور می‌تواند با استفاده از ابزار ذیل، طبق آیین‌نامه‌ای که به تصویب هیئت وزیران می‌رسد، بر اساس ماده ۱۹، در امور پولی و بانکی دخالت و نظارت کند: ۱- تعیین حداقل و یا حداکثر نسبت سهم سود بانک‌ها در عملیات مشارکت و مضاربه؛ این نسبت‌ها ممکن است در هر یک از رشته‌های مختلف متفاوت باشد...؛ ۳- تعیین حداقل و حداکثر نسبت سود بانک‌ها در معاملات اقساطی و اجاره به شرط تملیک در تناسب با قیمت تمام‌شده مورد معامله...».

۱۴. البته در خصوص این بخشنامه دو نکته را باید مورد توجه قرار داد:

الف) از آنجاکه این بخشنامه از سوی وزارت اقتصاد ابلاغ شده است، صرفاً شامل «بانک‌های دولتی» و «بانک‌های دولتی خصوصی‌شده» است و در خصوص «بانک‌های خصوصی» باید بانک مرکزی اقدام به ابلاغ نماید (مرادی، حقوق بانکی؛ قابل دسترسی در پایگاه: <https://t.me/Bankinglaws>) که تاکنون این ابلاغ انجام نشده است.

ب) به موجب بند سوم این بخشنامه، در صورتی که تسهیلات‌گیرنده دارای بدهی غیرجاری (معوق) بود، می‌بایست نسبت به بازپرداخت بدهی یا امهال براساس ضوابط تعیین‌شده در دستورالعمل امهال مطالبات مؤسسات اعتباری و آیین‌نامه وصول مطالبات [بانک مرکزی] تا پایان خرداد ۱۴۰۱ اقدام می‌کرد؛ و الا نمی‌توانست از امتیازات این بخشنامه برخوردار شود.

۱۵. در خصوص الزامات «شرط صحیح» شیخ انصاری نظر فقهای پیش از خود را در قالب ۹ شرط زیر جمع‌بندی نموده است: «مقدور باشد، جایز باشد، غرض عقلایی داشته باشد،

مخالف کتاب و سنت نباشد، با مقتضای عقد مخالف نباشد، مجهول نباشد، مستلزم محال نباشد، در متن عقد آمده باشد، منجز باشد». البته ایشان این تفصیل را نپسندیده و به آن انتقاد کرده است (انصاری، بی تا، ص. ۲۸۳ به نقل از بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۵۲۰).

کتابنامه

- اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد (۱۳۷۹). اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی. تهران: انتشارات شهر دانش.
- اخوانی، حمید (۱۴۰۰). خبرگزاری ایلنا، کد خبر ۱۱۳۰۱۳۷، ۱۴۰۰/۶/۲۲؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://www.ilna.ir>
- اسلامی، سیدمحمد هادی و قنوتی، جلیل (۱۳۹۸). ترجیح تفسیر علیه تنظیم‌کننده قرارداد. دوفصلنامه حقوق تطبیقی، (۱۱۱)، صص. ۶۹-۹۴.
- اسمعیلی گیوی، حمیدرضا (۱۳۸۹). تأمین مالی اسلامی، ابزارها، بازار و چالش‌های فقهی (مجموعه مقالات اولین همایش مالی اسلامی). تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- اکبرزاده، معین (۱۳۹۲). مقایسه تطبیقی عقود مبادله‌ای و مشارکتی و شناخت مشکلات و فواید کاربرد آنها در نظام بانکداری اسلامی. فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، (۴ و ۵)، صص. ۱۶۱-۱۹۸.
- السان، مصطفی (۱۳۹۴). حقوق بانکی. تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه‌ها (سمت).
- الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۴). نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد. نشریه فقه و حقوق سابق (حقوق اسلامی فعلی)، (۷)، صص. ۷۰-۹۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۴۲ق). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بخشنامه معاونت امور بانکی، بیمه و شرکت‌های دولتی وزارت امور اقتصادی و دارایی (۱۴۰۰/۱۰/۱۲). قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://mefa.ir/fa-IR/mefa/1/page>
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه السلام).
- پاکباز، سیامک (۱۴۰۱). شرح قانون مدنی فرانسه، اصلاحات ۲۰۱۶ با آخرین تغییرات (منابع، نظام عمومی و اثبات تعهدات). تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- جعفری، امین (۱۴۰۰). حقوق بانکی. تهران: شرکت سهامی انتشار.

حائری، مسعود (۱۳۷۳). مبانی فقهی اصل آزادی قراردادهای و تحلیلی از ماده (۱۰) قانون مدنی. تهران: انتشارات کیهان.

حبیبی، محمود (۱۳۹۶). تفسیر قراردادهای تجاری بین‌المللی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
حبیبی درگاه، بهنام (۱۳۹۵). اصول حقوق قرارداد اروپا. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.
حسینی، سید احسان (۱۳۹۹). عدم تسری رأی وحدت رویه ۷۹۴ نسبت به عقود مشارکتی.
روزنامه مناقصه، ش ۳۱۱۸؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://monaghesatiran.ir>

دانشنامه اسلامی (برخط)؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<http://wiki.isca.ac.ir/wiki/index.php>

روزنامه رسمی، ش ۱۳۱۱، ۱۳۹۹/۶/۱۵؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://www.rrk.ir>

سبحانی، جعفر (۱۳۹۱). الموجز فی أصول الفقه. ترجمه محسن غرویان و سید محمدرضا طالبیان، قم: انتشارات دارالفکر.

سلطانی، محمد (۱۳۹۸). حقوق بانکی. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

سیاهبیدی کرمانشاهی، سعید (۱۳۹۹). نقدی بر رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیئت عمومی دیوان عالی کشور در باب بطلان توافقات مغایر با مصوبات بانک مرکزی پیرامون تعیین نرخ سود تسهیلات. فصلنامه رأی، (۳۱)، صص. ۸۷-۱۰۸.

شب‌خیز، محمدرضا و محمدتبار، عباد (۱۳۹۳). اصول فقه دانشگاهی. تهران: انتشارات کتاب آوا.
شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم (۱۳۹۵). حقوق تعهدات؛ مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی. تهران: انتشارات شهر دانش.
صفایی، سیدحسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

فراهانی، رامین (۱۳۹۹). چند نکته درباره رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور راجع به نرخ سود مازاد بانک‌ها. خبرگزاری تابناک، ش ۱۰۳۴۳۰؛ قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://www.tabnak.ir/fa/news>

قافی، حسین و شریعتی، سعید (۱۳۹۲). اصول فقه کاربردی. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
قلیچ، وهاب (۱۳۹۸). وکالت در بانکداری بدون ربا؛ کاربردها و چالش‌ها. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی؛ قواعد عمومی قراردادها. تهران: شرکت سهامی انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۹). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی. تهران: نشر دادگستر.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰، الف). *مباحثی از: اصول فقه*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۹۰، ب). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*.
تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مرادی، یاسر (۱۳۹۹). *حقوق بانکی*. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:

<https://t.me/Bankinglaws>

مرادی، یاسر (۱۴۰۰). گذار قراردادهای بانکی از اصل حاکمیت اراده به قواعد آمره؛ بررسی
موردی رأی وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور. *نشریه مجموعه حقوقی*، (۱)، صص.
۱۳۷-۱۶۱.

مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی (۱۳۹۴). *طرح منطقی‌کردن نرخ سود تسهیلات
بانکی (مجموعه مقالات)*. تهران: مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.

مصباحی‌مقدم، غلامرضا و صفری، محمد (۱۳۸۹). بررسی درآمد حاصل از تحمل ریسک از
دیدگاه آموزه‌های اسلامی. *نشریه اقتصاد اسلامی*، (۳۶)، صص. ۱۱۷-۱۴۸.

موسویان، سیدعباس (۱۳۸۴). ارزیابی قراردادهای و شیوه‌های اعطای تسهیلات در بانکداری
بدون ربا. *نشریه اقتصاد اسلامی*، سال پنجم، (۱۹)، صص. ۴۵-۷۰.

موسویان، سیدعباس (۱۳۸۷). بررسی فقهی - حقوقی تعیین نرخ سود بانکی. *نشریه فقه و
حقوق*، سال چهارم، (۱۶)، صص. ۷-۳۴.

موسویان، سیدعباس و میثمی، حسین (۱۳۹۷). *بانکداری اسلامی؛ مبانی نظری - تجارب عملی*.
تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.

نظافتیان، علی (۱۴۰۰). *پیرامون رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴؛ فرصت امروز برای کسب و
کار*. قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی: <https://www.forsatnet.ir>

نوری، محمدعلی (۱۳۹۰). *قانون مدنی فرانسه*. (ترجمه)، تهران: کتابخانه گنج دانش.

نوری، محمدعلی (۱۳۹۲). *قانون مدنی مصر*. (ترجمه)، تهران: کتابخانه گنج دانش.

هرورانی، حسین؛ زهتابیان، مصطفی و هرورانی، مهدی (۱۳۸۹). *تقدیمی بر بانکداری اسلامی*.
تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (علیه‌السلام).

<https://dadiran.ir/news/98896>

<https://divanealee.eadl.ir>

<https://www.cbi.ir/simplelist/21060.aspx>

کاوشی نو در جهت رفع تعارض بین ماده ۳۸ قانون مدنی با قوانین موضوعه محدود کننده مالکیت خصوصی

زینب سنجولی*

محمد رضا کیخا**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۷/۰۴

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

مطابق با ماده ۳۸ قانون مدنی ایران، مالک حق هر گونه تصرفی را در ملک خود دارد و تسلط بر اعماق زمین و فضا نیز به تبعیت تسلط بر ملک برای او حاصل می‌شود، اما امروزه در گذر زمان، حق مالکیت خصوصی افراد در موارد بسیاری به جهت رعایت مصلحت عمومی، توسط قانون‌گذار محدود شده است. این امر نشان‌دهنده وجود تعارض میان ماده ۳۸ قانون مدنی و رویکرد فعلی قانون‌گذاری می‌باشد، لذا لازم است راهی برای رفع این تعارض جستجو کرد. این مقاله که به روش توصیفی تحلیلی صورت گرفته، نشان می‌دهد که تحت تأثیر زمان و مکان و لزوم پاسخگویی به نیازهای روزافزون جامعه، اطلاق ماده ۳۸ قانون مدنی، با توجه به «قاعده لاضرر» و رعایت مصلحت عمومی باید محدود گردد؛ لیکن، رعایت عدالت اقتضاء می‌کند با توجه به ادله قوی فقهی و حقوقی مبنی بر احترام به مالکیت خصوصی افراد بر هر آنچه در ملک شخصی فرد قرار دارد و نیز فضای متعارف آن ملک و برای تأمین نظر شورای نگهبان - که منع تملک اشیاء قیمتی مکشوفه از املاک شخصی را مغایر با موازین شرع می‌داند - و با استناد به مادتين ۹ و ۱۰ قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲، به جهت جلوگیری از تضییع حقوق مالکانه، با در نظر گرفتن سهمی برای مالک زمین و پرداخت خسارات وارده به وی، جمع میان حقین کرده و رضایت صاحب ملک را تا حد امکان جلب نموده، تا از تضییع مال غیر جلوگیری شود؛ همچنین با توجه به وجود قوانین متعدد استثناءکننده ماده ۳۸ قانون صدراالشعار، به نظر می‌رسد این ماده قانونی نیازمند بازنگری و تحول جدی است.

واژگان کلیدی: اطلاق مالکیت، تحدید مالکیت، قوانین موضوعه، ماده ۳۸ قانون مدنی، مالکیت خصوصی.

* عضو هیئت علمی گروه الهیات، دانشگاه آزاد اسلامی واحد زاهدان، زاهدان، ایران.

zsanchooli@yahoo.com

** دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه سیستان و بلوچستان،

زاهدان، ایران (نویسنده مسئول).

kaykha@hamoon.usb.ac.ir



ماده ۳۸ ق.م مقرر می‌دارد: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است تا هر کجا بالا رود و همچنین است نسبت به زیر زمین و بالجمله مالک، حق همه‌گونه تصرف در هوا و قرار زمین را دارد، مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد». طبق این ماده، که بر اساس قاعده «تسلیط» و قاعده «مَنْ مَلَکَ شَيْئاً مَلَکَ الْهَوَاءَ الِیْ عَنَانِ السَّمَاءِ وَ الْقَرَارَ الِیْ تَحْوَمِ الْاَرْضَ» تدوین شده، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن گفته شده است. عمل به این ماده، الزاماتی را می‌طلبد از جمله حق تصرف در اعماق زمین و فضا و اینکه مالک حق دارد منع از تصرف دیگران در این دو مورد داشته باشد؛ که این خود سبب چالش‌هایی در نظام اجتماعی و حقوقی می‌شود. حال، اگرچه در ماده ۳۸ ق.م، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن گفته است؛ لیکن با توجه به «... مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، درمی‌یابیم که با توجه به پیشرفت و پیچیدگی‌های روابط اجتماعی، سخن گفتن از حق مالکیت به‌طور مطلق، تصویری انتزاعی بیش نیست؛ زیرا تملک اموال و احصاء برخی صفات در خصوص مالکیت، ناشی از اجرای اصل آزادی انعقاد قراردادها می‌باشد که اشخاص را در انعقاد قراردادها آزاد می‌داند و اهل اجتهاد و فقهاء نیز با توجه به آیه «اَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و سیره مسلمین، جانب آزادی قراردادها را گرفته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص. ۱، ۳۰)؛ لیکن اصل آزادی قراردادها چنانچه بدون قاعده به‌کار گرفته شود، خود منشأ بروز فساد و هرج‌ومرج خواهد بود. لذا چنانچه مالک بتواند هر گونه استیفائی از مال خویش ببرد بدون اینکه سلطه مالکانه او مهار گردد، گاهی سبب نقض غرض قانون‌گذار بوده و با حفظ نظم عمومی و رعایت عدالت در جامعه منافات دارد؛ پس حفظ مصالح عمومی اقتضاء می‌کند که محدودیت‌هایی بر اصل آزادی مالکیت قرار داده شود (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۴) چنانکه وصف اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی، به‌موجب بسیاری از قوانین از جمله قانون معادن، قانون دفینه، قانون شهرداری‌ها و... مقید و محدود شده و این نشان‌دهنده این است که صفات مالکیت از جمله دوام و اطلاق، نسبی بوده و برحسب مورد و با توجه به موضوع مالکیت، قابل تغییر خواهد بود (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۶). از طرفی، تأمین مصالح اجتماعی، حکومت‌ها را وادار می‌کند که مالکیت خصوصی افراد را که

به موجب قاعده تسلیط، مصون از تعرض است، مورد دست‌اندازی قرار داده و در مواردی، آن را محدود یا سلب کند. بنابراین اگرچه رعایت عدالت در قانون‌گذاری اقتضاء می‌کند که هر صاحب حقی - فرد یا جامعه - به حق خود برسد؛ ولیکن اگر در مواردی، رعایت حق مالکیت شخصی، موجب تفویت مصالح جامعه شود، عدالت اقتضاء می‌کند که با تحدید مالکیت شخصی، مصلحت جامعه رعایت شود و اگر در مواردی، رعایت مصلحت جامعه، جز از طریق سلب مالکیت شخصی امکان‌پذیر نباشد، عقل حکم می‌کند از باب قاعده تقدیم اهم بر مهم، در تزامن میان حق فرد و جامعه، حق جامعه بر حق فردی مقدم شود؛ زیرا تقدیم حق جامعه و رعایت مصلحت عموم، آثار مثبتی به دنبال دارد که خود شخص نیز از آن منتفع می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۳ و ۲۶۴). این دیدگاه‌های متفاوت پرسش‌هایی را در پی دارد از جمله اینکه: آیا معادن یا دفینه و آثار باستانی یافت‌شده در ملک شخصی، ملک خصوصی است یا جزو ثروت‌های عمومی به‌شمار می‌رود؟ و آیا مالک زمین می‌تواند تصرف غیرمعارف در فضا داشته باشد و به انبوه‌سازی‌های غیرمعارف بپردازد؟ یا متقابلاً از احداث برخی بناها در زیر زمین (از قبیل مترو) و فضا (از قبیل پل‌های هوایی)، که از سوی دولت، برای رعایت مصالح عمومی ایجاد می‌شود، جلوگیری کند؟ و آیا مالک، حق مطالبه بخشی از حق ترانزیت هواپیماهای عبوری از آسمان ملک خود را دارد؟

این مقاله، چند مبحث را در خصوص موضوع، مورد مطالعه قرار داده است که عبارت‌اند از: مفهوم مالکیت، اوصاف مالکیت، بنیاد مالکیت و بر اساس آن، امکان یا عدم امکان اصولی اعطا و تحدید مالکیت، اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی، موارد تحدید مالکیت خصوصی افراد و ضمن تحلیل دلایل تحدید مالکیت خصوصی و پذیرش آن، به تبیین چرایی جبران خسارت در سلب مالکیت پرداخته و آن را ضروری دانسته است.

۱. مفهوم مالکیت

مالکیت در لغت، به معنای «حیازت و تحت سیطره و تصرف خویش درآوردن» است (مصطفی و دیگران، ۱۹۸۹: ذیل واژه) و در واقع، استیلا بر مال می‌باشد (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۱۳، ص. ۳۷۲؛ اردبیلی، ۱۴۲۷ق، ج ۱، ص. ۳۵۳). برخی نیز گفته‌اند: «مالکیت،

حقی است دائمی، که به موجب آن شخص می‌تواند در حدود قوانین، تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۱۰).
برخی از فقیهان، مالکیت را یک حکم انتزاعی می‌دانند که از احکام تکلیفی انتزاع می‌شود (انصاری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص. ۶۰۳). حال، اگرچه مالکیت، یک حکم وضعی به‌شمار می‌آید؛ لیکن، بسیاری از احکام تکلیفی، از جمله حرمت غصب و وجوب ردّ امانت به مالک، خود، موجب و سببی برای احترام مالکیت می‌باشند؛ لذا، احترام مالکیت، هم از احکام تکلیفی، قابل انتزاع است، هم از مجعولات مستقل وضعی (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۱۵۳).

۱-۱. اوصاف مالکیت

مالکیت، دارای سه وصف اساسی است:

۱-۱-۱. انحصاری بودن

مراد از انحصاری بودن حق مالکیت، پذیرش قانونی اختیار مالک و لزوم رعایت احترام آن، از طرف تمام مردم می‌باشد؛ بدین معنا که مالک می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در ملک خویش بنماید و متقابلاً مانع از تصرف و انتفاع دیگران از مال خود شود؛ به طوری که این حق در نظر گرفته شده برای مالک، در حمایت قانون قرار دارد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۳۹).

مهمترین نتایج انحصاری بودن مالکیت، آن است که:

اولاً. هیچ مالی نمی‌تواند در یک زمان، دو مالک داشته باشد؛ به گونه‌ای که هر کدام از آنها، مالک تمام مال باشد.

ثانیاً. مالک مجاز است از هر گونه تصرف و تجاوز در ملکش جلوگیری کند (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۴۴).

اگرچه وصف انحصاری بودن، در نهاد خود، واجد دو عنصر جامع بودن (برخورداری مالک از تمام حقوق متصوره نسبت به عین) و مانع بودن (منع دیگران از تعدی نسبت به آن حق) می‌باشد؛ لیکن، وصف انحصاری بودن مالکیت خصوصی، تحت تأثیر دو عنصر زمان و مکان، از جهات گوناگون محدود شده است:

الف. تحمیل حق ارتفاق به مالکان، در راستای تأمین سود عمومی: چنانکه مؤسسات عمومی می‌توانند سیم‌های برق و تلفن و لوله‌های گاز خود را در محل‌های مناسب قرار دهند و حتی دولت و شهرداری‌ها می‌توانند ملک مورد نیاز خود را تملک کنند.

ب. مداخله دولت در روابط خصوصی، از در راستای حمایت از گروه‌های نیازمند و اجرای عدالت: چنانکه مستأجر می‌تواند پس از پایان مدت اجاره، مالک را وادار به تجدید اجاره محل کسب‌وکار خویش نماید.

ج. محدود کردن قراردادهای خصوصی مالک با دیگران: چنانکه «متنفع» و «صاحب حق ارتفاق» می‌توانند از مالی که متعلق به دیگری است، استفاده کنند یا مانع از تصرف مزاحم یا ممنوع‌کننده مالک شوند (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۹).

۲-۱-۱. مطلق بودن

به استناد ماده ۳۰ قانون مدنی، مالک، حق هر گونه تصرفی را در ملک خود دارد؛ مگر مواردی را که قانون استثناء کرده است. امروزه تحت تأثیر زمان و مکان در حقوق کنونی، استثنائات زیادی بر این ماده وارد شده است؛ به طوری که دیگر به دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت؛ و در واقع باید، به جای قائل شدن به اطلاق حق مالکیت، مالکیت را حقی دانست که به مالک، اختیار انتفاع و تصرف در ملک را، در حدود قوانین می‌دهد. در حقیقت، صفت مطلق بودن ملکیت، بیانگر گونه‌های اعمال عناصر سه‌گانه مالکیت (یعنی حق استعمال، حق استثمار و حق تصرف) می‌باشد که مقتضای آن، اطلاق کیفی جنبه مثبت اصل تسلیط می‌باشد؛ هر چند که امروزه، با توجه به تأکید روزافزون بر مصالح اجتماعی، این صفت، رفته‌رفته، اهمیت خود را از دست داده؛ لیکن، هنوز به‌عنوان یک اصل باقی مانده است (سنه‌وری، بی‌تا، ج ۸، ص. ۴۹۳).

حال، به‌موجب اصل ۴۰ قانون اساسی که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد»، سوءاستفاده از حق مالکیت، منع شده و انتفاع و تصرف مالک، محدود به رفتاری متعارف شده؛ به طوری که قاضی این اختیار را پیدا می‌کند که چارچوب اختیار مالک را در محدوده پرهیز از اضرار به دیگران و تأمین منافع عمومی، معین کند. تا جایی که قوانین عادی هم، در محدود ساختن اختیار مالک - به‌ویژه در مالکیت زمین - هر جا که پای منافع

عمومی در میان بوده، در حمایت از آن، تردید نکرده و مسیر آن را به سوی عدالت اجتماعی کشیده است (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۱۸۷).

۳-۱-۱. دایمی بودن

اگرچه وصف دایمی بودن مالکیت، در هیچ‌یک از مواد قانون مدنی تصریح نشده؛ لیکن برخی از حقوق‌دانان معتقدند که: حق مالکیت، دایمی است و طبیعت آن، با موقتی بودن منافات دارد و برای دوام ملکیت، سه معنی را ذکر می‌کنند:

اول: دوام ملکیت، تا زمان وجود شیء مملوک: بدین معنا که ملکیت، مادامی که موضوع آن، باقی باشد، دایمی است.

دوم: عدم زوال ملکیت به عدم استفاده از شیء مملوک: بدین معنا که عدم استفاده از ملک، موجب زوال ملکیت نمی‌شود.

سوم: امکان زمان‌دار بودن ملکیت: بدین معنا که ملکیت نمی‌تواند زمان‌دار باشد؛ یعنی ممکن نیست دو نفر مالک عینی باشند به طوری که پس از گذشت مدت معینی از تصرف شخص اول، ملکیت به نفر دوم منتقل شود، بدون آنکه نیازی به سبب مملک جدید باشد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۳).

در نقد تحلیل رایج در خصوص مالکیت زمین، با توجه به تأثیر دو عنصر زمان و مکان می‌توان گفت: از جمله اصول حقوقی که از اصل آزادی قراردادها ناشی می‌گردد، «اصل آزادی مالکیت» می‌باشد. در این خصوص بیان شده است که: آزاد بودن اشخاص (حقیقی و حقوقی) در مرحله تملک (ارادی و قهری) مال‌های منقول و غیرمنقول و نیز آزاد بودن در اداره اموال خود، تعریف اصل آزادی مالکیت می‌باشد؛ لکن، اصل آزادی قراردادها و اصول منشعب از آن، چنانچه بدون قاعده به کار گرفته شود، خود، موجب حدوث فساد و بروز هرج و مرج خواهد شد. فلذا، اقتضای حفظ مصالح عمومی بر آن است که محدودیت‌هایی بر اصل آزادی مالکیت اجرا گردد؛ چراکه مالکیت، به معنی سلطه و استیلاء مالک بر مال می‌باشد و چنانچه هر مالک بتواند هر نوع استیفاء از مال خویش ببرد و سلطه مالکانه او مهار نگردد، این امر، نقض غرض قانون‌گذار جهت حفظ نظم عمومی و تأمین عدالت در اجتماع می‌باشد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۴۴).

برهمن اساس، امروزه، مالکیت مطلق افراد بر زمین ملکی خویش، به موجب بسیاری از قوانین از جمله قانون معادن و دفینه و... مقید و محدود شده است و در واقع به موجب قوانین موضوعه، دیگر مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی و مالکیت زیر زمین نخواهد بود؛ پس ملاحظه می‌شود که صفات مالکیت از جمله دوام و اطلاق، نسبی بوده و تا چه اندازه مقید شده است. حال، سؤالی در اینجا مطرح می‌شود که آیا به موجب قرارداد، طرفین می‌توانند از اطلاق مالکیت بکاهند؟ در پاسخ به این سؤال، آنچه که از ظاهر ادله، خصوصاً آیه شریفه «اوفوا بالعقود» و اصل آزادی انعقاد قراردادها برمی‌آید، آن است که مفاد قرارداد طرفین، بین آنها الزام‌آور است و به همین دلیل، امکان تحدید مالکیت به وسیله انعقاد قرارداد خصوصی فی‌مابین طرفین وجود دارد (هنری، ۱۳۸۹، ص. ۶۶).

۲-۱. بنیاد مالکیت و بر اساس آن، امکان یا عدم امکان اصولی اعطا و تحدید مالکیت

در خصوص مبنای مالکیت، چند نظریه اساسی وجود دارد:

۱-۲-۱. نظریه طبیعی مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه، مالکیت خصوصی، فارغ از وجود یا عدم وجود افراد دیگر در جامعه، حق ذاتی هر انسانی است. هر انسانی حق دارد، اگر یکی از مشترکات عمومی و منابع طبیعی را زودتر تصرف کرد، یا کار خود را با آن درآمیخت، خود را به‌عنوان مالک آن بنامد و دیگران را از هر گونه تصرف در آن منع کند. مالکیت خصوصی، بر اساس چنین مبنایی، یک حق ذاتی و مطلق برای هر شخص است؛ حقی شبیه حق حیات. ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که این حق، مطلق و غیرقابل سلب است؛ مگر در موارد بسیار محدود و خاصی. در حقیقت، طبق این نظریه، مالکیت خصوصی تنها محدود است به مواردی که حق مالکیت خصوصی (یا سایر حقوق طبیعی) دیگران را سلب کند. اما به‌جز این مورد، کسی از جمله حکومت یا دولت، حق سلب مالکیت اشخاص را ندارد و اگر دولتی به این امر مبادرت نماید، خود از مشروعیت ساقط خواهد شد؛ بنابراین، اگر یک نظام حقوقی این مبنا را بپذیرد، دولتی که تشکیل خواهد داد، یک دولت حداقلی خواهد بود که وظیفه آن، حراست از حقوق مالکیت شهروندان خواهد بود. بر اساس این نظریه، اگر

دولتی، مالکیت خصوصی شهروندان را سلب کند، از مشروعیت ساقط شده و شهروندان در مقابل آن، حق مقاومت و انقلاب خواهند داشت. تنها منفعت اجتماعی که بر اساس نظریه طبیعی می‌تواند موجب سلب مالکیت خصوصی اشخاص شود، به خطر افتادن حقوق مالکیت سایر شهروندان است. بر اساس این نظریه، فضیلت‌هایی همچون عدم ثروت‌اندوزی و انفاق و ایثار، تنها به صورت توصیه‌هایی اخلاقی می‌توانند مطرح شوند و نمی‌توان کسی را به زور مجبور به این امر نمود» (قوی البنیه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۷).

۲-۱. نظریه اثباتی مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه بنیادین، مالکیت خصوصی از آن‌رو موجه است که جامعه یا شارع یا حاکم، آن را موجه دانسته؛ یا به تعبیری، اعتبار کرده است. استدلال صاحبان این نظریه برای توجیه مالکیت خصوصی، حول دو محور اصلی قرار دارد؛ یکی از محورها، منفعت و فایده وجود چنین نهادی برای جامعه است و محور دیگر، قرارداد اجتماعی است.

ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که مالکیت خصوصی را، تا جایی مشروع و موجه می‌داند که منفعت اجتماعی را در نظر دارد یا در قرارداد اجتماعی، بر سر آن توافق صورت گرفته است. بر اساس این نظریه، جامعه یا هیئت حاکمه، حق دارد بر اساس مصلحت اجتماعی، اشخاص را از مالکیت خصوصی محروم نماید یا مالکیت خصوصی را تحدید کند.

بنابراین، اگر یک نظام حقوقی، نظریه اثباتی را به‌عنوان نظریه بنیادین مالکیت خصوصی انتخاب کند، در صورتی که مالکیت خصوصی افراد، با منفعت اجتماعی تعارض پیدا کند، می‌تواند مالکیت افراد را سلب کند (حتی در این نگاه، غرامت نیز لازم نیست؛ چراکه اساساً مالکیتی برای ضرر زننده به اجتماع حاصل نشده است). منفعت اجتماعی در این نگاه می‌تواند به‌عنوان یک مفهوم بسیار گسترده تفسیر شود و رفاه اقتصادی، محیط زیست، منابع طبیعی و... را در خود جای دهد. بر اساس این نظریه، حتی می‌توان استدلال کرد که عدم ثروت‌اندوزی و انفاق اموال، یک فضیلت است و مصلحت جامعه در گرو فضیلت‌مندی شهروندان است؛ در نتیجه ثروت‌اندوزی، ممنوع و انفاق واجب است» (قوی البنیه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۶). نظر فوق، نظریه مختار نویسنده هم می‌باشد.

۳-۲-۱. نظریه آرمان شهری الغای مالکیت خصوصی

«بر اساس این نظریه، عامل اصلی دشمنی‌ها و اختلافات در جامعه، مالکیت خصوصی است. جامعه ایدئال و آرمانی بر اساس این نظریه، جامعه‌ای است که از مالکیت خصوصی عاری باشد و در آن، شهروندان همچون برادر و اعضای یک خانواده، به صورت مشترک زندگی کنند و همه چیز در جامعه، متعلق به همه اعضای جامعه باشد. ثمره حقوقی چنین نظریه‌ای این است که در صورت امکان، مالکیت خصوصی در جامعه ملغی شده و ممنوع اعلام شود. حتی اگر چنین امکانی در جامعه وجود نداشته باشد، باید تا حد امکان، به این شرایط آرمانی نزدیک شد؛ یعنی اگر نمی‌توان همه اموال را، مشترک میان همه شهروندان دانست، باید شرایطی فراهم کرد که لاقلاً، ابزار تولید، منابع طبیعی و مشترکات عمومی، اشتراکی باشند» (قوی البینه، ۱۴۰۰، ص. ۱۴۸).

۲. اطلاق مالکیت در ماده ۳۸ قانون مدنی

لازمه ماده ۳۸ ق.م، مالکیت تبعی بر فضا و اعماق زمین است (بیات، ۱۳۹۴، ص. ۳۴). که به تبع مالکیت بر شیء اصلی، برای مالک ایجاد می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۷۱). فقهای شیعه با استناد به قاعده «من ملک ارضاً ملک الهواء الی عنان السماء و القوار الی تخوم الارض»، قائل به مالکیت نامحدود مالک بر فضا و قرار زمین شده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۸، ص. ۸؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق، ج ۷، ص. ۳۴۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۲، ص. ۲۷۳؛ الاصفهانی، ۱۴۰۵ق، ص. ۱۷۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۱۲؛ خوئی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص. ۱۶۸؛ شیرازی، ۱۴۱۷ق، ج ۸، ص. ۴۲۳؛ امامی خوانساری، ۱۴۲۷ق، ص. ۳۵۷) و حتی بر این مالکیت بی‌حد و حصر مالک، ادعای اجماع کرده‌اند (عاملی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۴۹۲) و بر این ادعای خود، دلایلی را ذکر کرده‌اند؛ از جمله:

اول. استناد به قاعده تسلیط: بر طبق قاعده تسلیط - برگرفته از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» - (مجلسی، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۲۷۲) هر مالکی نسبت به مایملک خود، حق هر گونه تصرفی اعم از تصرف مادی و حقوقی را دارد و از طرفی، کسی نمی‌تواند مانع تصرفات مالک در ملکش شود؛ چراکه منع مالک از تصرفات مالکانه، شرعاً حرام و ممنوع است و این نوع تصرفات، موافق با قاعده «من ملک ارضاً ملک الهواء» است (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۷، ص. ۳۵۱). بر طبق

مفاد این قاعده، نوعی مالکیت نامحدود برای مالک، از حیث عمق تا هسته زمین و از حیث ارتفاع تا بی‌نهایت، در نظر گرفته شده؛ که این سلطنت، از جمله احکام عقلائی و مورد تأیید شارع است (خمینی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص. ۱۰).

دوم. **استناد به قاعده احترام:** بر طبق قاعده احترام که برگرفته از حدیث «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» است (علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۱۷، ص. ۱۶۷). اموال اشخاص، محترم است و در حمایت قانون قرار دارد (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۴، ص. ۵۵۹) و هر گونه تعرض به آن، حرام و موجب ضمان است (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۲۹)؛ زیرا تصرف در ملک غیر، از نظر عقل و شرع قبیح است (خمینی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص. ۱۰).

سوم. **استناد به قاعده تبعیت:** بر طبق قاعده تبعیت، هر کس مالک زمین شد، مالک توابع و ملحقات آن - فضا و قرار - هم خواهد بود؛ مگر خلاف آن ثابت شود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ج ۳، ص. ۱۴۹۸).

چهارم. **استناد به قاعده ید:** بر طبق قاعده ید، که به معنای سلطه و استیلا بر مال می‌باشد؛ مالک، حق هر گونه تصرف و انتفاع از مال را دارد (محقق داماد، ۱۳۸۶، ص. ۲۷). در خصوص زمین هم، چون زمین، در اختیار مالک است؛ پس حق هر گونه استیلا و انتفاع از آن را خواهد داشت.

حال با توجه به اینکه در ماده ۳۸ قانون مدنی، به‌طور مطلق از حق مالکیت سخن گفته شده است، اطلاق ماده ایجاب می‌کند که هر منفعتی که در اعماق زمین یا فضای بالای ملک وجود داشته باشد، متعلق به صاحب زمین باشد؛ از جمله گنجی که در این زمین یافت می‌شود (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۲۶). لذا مالک حق دارد به حفر چاه‌های عمیق و استخراج معادن در ملک خود پردازد و همچنین در فضای بالای ملک، به ایجاد ساختمان چند طبقه پردازد یا این حق را به دیگری واگذار کند تا جایی که حق دارد از عبور سیم‌های برق و تلفن دیگری بر روی ملک خود جلوگیری کند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۴، ص. ۴۶؛ صفایی، ۱۳۸۹، ج ۱، ص. ۱۲۸) اما اینکه حدود این مالکیت تا کجاست، امری است که باید مورد بررسی قرار گیرد.

۳. موارد تحدید مالکیت خصوصی افراد

اگرچه ماده ۳۸ ق.م، از حق مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین، به طور مطلق سخن گفته است؛ ولیکن، امروزه، به دلیل مقتضیات زمانی و مکانی و به جهت رعایت ضرورت‌های اجتماعی و مصالح عمومی و متقابلاً جلوگیری از تجاوز از حق، مالکیت خصوصی افراد بر فضا و قرار زمین شخصی، به انحاء مختلف مورد تحدید قرار گرفته است که در ذیل، به آن، اشاره می‌شود:

۳-۱. تحدید مالکیت خصوصی افراد بر معادن واقع در املاک شخصی

گفته شد که یکی از الزامات ماده «۳۸» ق.م، تصرف و بهره‌برداری مالک از معادن موجود در ملک خود است. در این مقاله، به تناسب موضوع مورد بحث، تنها به تحلیل نظرات فقهای قائل به مالکیت صاحب زمین بر معادن واقع در زمین شخصی پرداخته می‌شود. حال، سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که: آیا معدن، مصداق مال تحت ید مالک زمین محسوب می‌شود؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت:

گروهی از فقهاء، مالکیت معدن را تابع زمین می‌دانند و می‌گویند: اگر معدن، در زمین شخصی یافت شود، ملک صاحب زمین است و مالک، باید خمس آن را به بیت‌المال پردازد (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۳۷۲؛ مؤمن سبزواری، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۶۶؛ انصاری، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۴؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۴، ص. ۲۹۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۹، ص. ۴۶۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ص. ۳۱۷؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۳ق، ص. ۳۵۲) و برای این نظریه، به ادله‌ای استناد کرده‌اند؛ از جمله:

۱- طبق قاعده «من ملک شیئاً ملک قراره الی تخوم الارض»، فرد به تبع مالکیت بر زمین، مالک بالای زمین - تا هر اندازه بالا رود - و اعماق زمین - تا هر اندازه پایین رود - نیز هست (صاحب جواهر، ۱۳۷۴، ج ۲۶، ص. ۲۴۱؛ خوبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۸۳؛ نراقی، ۱۴۰۵ق، ص. ۶۵۰).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت:

اولاً. این قاعده، یک قاعده عقلی است که عقلاً، آن را جعل کرده و به امضای شارع رسیده است و پایه و اساسی در منابع فقهی ندارد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۷).

- ثانیاً. عقلاً، برای مالکیت زمین، حدّ متعارفی را - از پایین تا سرداب و از بالا تا طبقات فوقانی متعارف - در نظر گرفته و بیشتر از آن را در حیطه مالکیت صاحب زمین نمی‌دانند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۵۷؛ منتظری، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۱).
- ۲- طبق قاعده «من احیی ارضاً فهی له» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص. ۲۷۹؛ عاملی، بی‌تا، ج ۱۹، ص. ۱۴۸)، هر کس زمین مواتی را احیاء کند، مالک آن می‌شود و این مالکیت، به اعماق زمین هم تسری می‌یابد.
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: آنچه که به واسطه عملیات احیاء، به مالکیت احیاء‌کننده درمی‌آید، خود زمین است نه معادن موجود در آن و معادن، عنوان مستقلی از زمین هستند (فیاض، بی‌تا، ج ۷، ص. ۳۱).
- ۳- طبق قاعده تبعیت، معدن، عرفاً از توابع و ملحقات زمین به‌شمار می‌آید؛ پس معدن موجود در زمین شخصی، به تبع زمین، ملک صاحب زمین خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۳، ص. ۲۲۳؛ علامه حلی، ۱۳۸۸ق، ج ۵، ص. ۴۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳، ص. ۶۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۱۹۲).
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: تبعیت، یک مفهوم اعتباری و دارای حدّ متعارف است که این حدّ متعارف، توسط عرف تعیین می‌شود؛ حال، اگرچه در خصوص معادن ظاهری و هم‌جنس با زمین، می‌توان قائل به تبعیت شد؛ ولی در خصوص معادن باطنی، عنوان تبعیت صدق نمی‌کند و این معادن، عرفاً از توابع زمین به‌شمار نمی‌آیند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۲۳).
- ۴- سیره عقلاً بر این پایه استوار است که معادن واقع در املاک شخصی، متعلق به صاحب زمین است؛ زیرا صاحب زمین، به تبع مالکیت بر زمین، همان‌طور که طبقات فوقانی زمین را مالک است، طبقات تحتانی زمین را هم مالک است؛ حال، چه در این طبقات تحتانی، معدن باشد یا سرداب، چاه باشد یا سنگ و... (اشتهاردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۳، ص. ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ق، ج ۱، ص. ۱۰۵) و سکوت و عدم ردع شارع در این خصوص، نشانه تأیید و امضای این سیره می‌باشد (محقق داماد، ۱۴۱۸ق، ص. ۳۹۵).
- در نقد این دیدگاه می‌توان گفت:
- اولاً. از آنجایی که سیره عقلاً، یک دلیل غیرلفظی است و عمومیت و اطلاق ندارد؛

بر فرض معتبر دانستن آن، حمل بر قدر متیقن - معادن نزدیک به سطح زمین در اراضی شخصی - می‌شود و معادن واقع در اعماق زمین را نمی‌توان به صرف تبعیت اعماق زمین از سطح، ملک صاحب زمین دانست (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ص. ۴۷؛ موسوی خلخالی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص. ۱۸۳).

ثانیاً. از دید عقلاء همچنین نیست که کسی که، مالک زمینی است، فضای بالای زمین را تا آسمان‌ها مالک باشد؛ چون در این صورت، هواپیماها برای عبور از بالای آسمان، باید از صاحبان زمین اجازه می‌گرفتند (خویی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۵، ص. ۵۷؛ منتظری، ۱۴۰۸ق، ص. ۷۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۲۱).

۵- از آنجایی که زمین، از اجزای متفاوتی مثل سنگ، خاک، آهن، آهک و... تشکیل شده و از نظر عرف، معدن جزئی از زمین است؛ پس مالکیت بر زمین، شامل مالکیت نسبت به تمام اجزای زمین (از جمله معدن) هم می‌شود (کاشف الغطاء، بی تا، ج ۱، ص. ۱۰۵؛ حسینی میلانی، ۱۳۹۵، ص. ۳۷؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۸۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: باید میان معادنی که از جنس زمین هستند مانند سنگ و گچ، با معادنی که عرفاً از جنس زمین به‌شمار نمی‌آیند مانند نفت و قیر، تفاوت قائل شد؛ در قسم اول، اطلاق عنوان زمین بر آنها صحیح است، ولی قسم دوم، از مفهوم زمین خارجند. و در موارد شک نیز، اصل عدم را جاری کرده و ملاک را، صدق عرفی قرار می‌دهیم (همدانی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص. ۲۳).

۶- نماء و منفعت، تابع عین می‌باشد و از آنجایی که معدن موجود در زمین شخصی، به منزله فایده و نماء زمین است؛ پس صاحب زمین، مالک نماء و فایده آن هم می‌باشد؛ زیرا از لوازم ملکیت، ملکیت بر منافع است و قاعداً فردی که از طریق مشروع، تحصیل مالکیت کرده؛ مالک تمامی منافع معلوم و نامعلوم زمین خواهد بود (اراکی، ۱۴۳۴ق، ص. ۱۳۶؛ اشتهااردی، ۱۴۱۷ق، ج ۲۳، ص. ۲۷۲؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص. ۱۳۰؛ حائری یزدی، ۱۴۱۸ق، ص. ۷۱۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: از نظر عرف، معادن، از توابع زمین محسوب نمی‌شوند؛ بلکه نسبت آنها به زمین، مانند نسبت مظروف به ظرف است؛ بدین معنا که اگرچه معدن در وجود زمین، تکوّن پیدا کرده اما وجودی مستقل در برابر زمین دارد و

عرف برای آن، ملکیت مستقلی قائل است (فیاض، ۱۴۰۱، ص. ۳۴۹؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص. ۱۶۶؛ صدر، ۱۳۸۲، ص. ۷۱۸).

۷- روایاتی که دلالت دارند بر اینکه معادن موجود در املاک شخصی، ملک صاحب زمین است و مالک زمین، تنها موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۲۵، ص. ۴۱۸). از این عبارت - «خمس، بر عهده مالک زمین است» - چنین استفاده می‌شود که قول به تبعیت معدن از زمین، صحیح است؛ و آلا دلیلی بر وجوب پرداخت خمس وجود ندارد (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۱، ص. ۳۵۳).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: عبارت «خمس، بر عهده مالک زمین است»، دلیل بر ملکیت شخصی نمی‌باشد؛ زیرا بر انفال و مشترکات مورد انتفاع با اجازه دولت هم، خمس تعلق می‌گیرد (نراقی، ۱۴۰۵ق، ج ۱۰، ص. ۱۶۳).

لذا، با تحلیل نظرات فوق، این چالش مطرح می‌شود که: اگرچه طبق ماده «۱۶۱» ق.م: «معدنی که در زمین کسی واقع شده، ملک صاحب زمین است و استخراج آن، تابع قوانین مخصوصه خواهد بود.» ولی با توجه به ماده «۷» قانون معادن، مواد مکشوفه تا عمقی که عرفاً تابع ملک محسوب می‌شود، متعلق به مالک خواهد بود. و طبق ماده «۲۲» ق.م، بنا به ضرورت و حفظ مصالح جامعه اسلامی، بهره‌برداری و استخراج از معادن بزرگ، مستقیماً توسط وزارت معادن انجام و متعلق به دولت خواهد بود. لذا، با توجه به مقتضیات زمان باید گفت: حتی اگر معادن در ملک شخصی واقع شده باشد، از آنجایی که این معادن در اعماق زمین است و بر اساس عرف، اعماق زمین جزو مالکیت شخصی افراد به حساب نمی‌آید، باز هم باید این معادن را جزو انفال و ثروت‌های عمومی دانست (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۲۶) و از طرفی، اگر قائل به تملک شخصی بر معادن و آزادی مردم در بهره‌برداری از معادن شویم، نتیجه‌ای جز هرج‌ومرج و نابودی معادن یا انحصار معادن در دست عده‌ای محدود نخواهد داشت؛ پس اطلاق ماده «۱۶۱» قانون مدنی نیز، با چالش مواجه است و رئیس جامعه، می‌تواند مالکیت خصوصی افراد را در مورد اموالی که منفعت آن، عمومی و فراگیر بوده و انحصار و بهره‌وری از آنها، موجب ضرر عموم می‌گردد، سلب کند و بر اساس مصالح عمومی، برخی از اموال - از جمله معادن را - عمومی اعلام کند (عمید زنجانی و موسی‌زاده، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۱). بنابراین، ماده ۳۸ ق.م در این مورد، مطلق نبوده و محدودیت‌های زیادی بر آن وارد

گردیده است.

با تحلیل نظرات فوق در خصوص مالکیت بر معادن، چنین استنباط می‌شود که: به نظر می‌رسد در شرایط فعلی، دولت می‌تواند برای توزیع عادلانه ثروت میان مردم، در خصوص معادن و استخراج آنها، دست به قانون‌گذاری جدید بزند؛ زیرا، طبق سیره و بنای عقلاء، آزادی مردم در بهره‌برداری از معادن، بدون کسب مجوز قانونی، نتیجه‌ای جز نابودی معادن یا تملک آنها توسط اشخاصی خاص و درنهایت، گسترش هرج و مرج در جامعه نخواهد داشت که این مسئله، با توجه به جمعیت رو به تزاید مردم، موجب کمپابی مواد معدنی و محرومیت دیگران از این حقوق خدادادی می‌شود. قول مشهور فقهاء نیز که قائل به اباحه معادن هستند و با استناد به آیه «خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا» (بقره / آیه ۲۹)، بهره‌برداری از معادن را حق عموم مردم می‌دانند، این تعلق حق به عموم مردم، ملازمه با استحقاق و برخوردار شدن همه آنها از معادن دارد؛ حال، قوانینی که در خصوص معادن، از سوی قانون‌گذار وضع می‌شود، بر حق طبیعی و اولیه اشخاص در مالکیت بر معادن، حکومت دارد؛ به این معنا که قوانین وضع شده در خصوص معادن، ناسخ قواعد فقهی مرتبط با احیاء نیستند؛ بلکه قول به محدودیت مالکیت یا ممنوعیت تملک افراد بر معادن، از باب حکومت یا ورود احکام ثانویه بر احکام اولیه است نه از باب ناسخ و منسوخ بودن قوانین. از سوی دیگر بر فرض اباحه معادن باطنی، مالکیت بر زمین، مستلزم مالکیت بر معادن واقع در اعماق زمین نیست؛ زیرا ملاک مالکیت افراد بر زمین، حدود مالکیت عرفی و اعتباری است و هیچ دلیل نقلی و عقلی، در خصوص تبعیت فضا و قرار زمین از سطح زمین، وجود ندارد (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۷). لذا، در تعیین حدود این مالکیت، باید به عرف مراجعه شود (خردمندی، ۱۳۸۶، ص. ۸۰).

۲-۳. تحدید مالکیت خصوصی افراد در مورد دفینه و آثار باستانی (نفایس ملی) یافت شده در ملک شخصی

بر طبق ماده ۱۷۳ قانون مدنی، دفینه، مالی است که در زمین یا بنایی پنهان شده و برحسب تصادف و اتفاق پیدا شود؛ درحالی که این تعریف نقص دارد از این جهت که ممکن است مالک مال به جهت حفظ مال قیمتی و جلوگیری از دستبرد دیگران آن را

در زمینی دفن کرده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۷۷). ماده ۱۷۴ قانون مدنی، نقص تعریف فوق را جبران می‌کند و دفینه‌ای که مالک آن مشخص نباشد را، ملک یابنده می‌داند. حال آنچه که از ماده فوق برداشت می‌شود، اصل مباح بودن دفینه و تملک آن برای یابنده است؛ چنانکه اگر کسی مدعی مالکیت دفینه شود، باید بتواند ادعای خود را در برابر یابنده ثابت کند. اگرچه طبق قانون حفظ آثار ملی مصوب آبان ماه ۱۳۰۹، کلیه اماکن و ابنیه تاریخی و آثار صنعتی منقول یا غیرمنقول، تا پایان دوره سلسله زندیه، جزو آثار ملی به حساب می‌آید و آثار بعد از پایان دوره زندیه، جزو مباحات محسوب می‌شود؛ لیکن، رویه سازمان میراث فرهنگی، چیزی غیر از این است و ابنیه دوره قاجاریه و پهلوی را نیز، که از ارزش تاریخی برخوردار است، در زمره آثار ملی قرار داده و از تحت تملک خصوصی افراد خارج کرده است (کنعانی، ۱۳۸۷، ص. ۳۰۱).

حال، سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا دفینه، مصداق مال تحت ید مالک زمین محسوب می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا قانون‌گذار می‌تواند برای حفظ منافع عمومی، دفینه و آثار باستانی یافت شده در زمین شخصی را، جزو اموال عمومی به حساب آورده و از تملک خصوصی افراد خارج سازد؟ در پاسخ باید گفت: طبق نظر فقهای امامیه، دفینه یافت شده در ملک شخصی، متعلق به یابنده است و در صورت رسیدن به حد نصاب، یابنده موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد (ابن بابویه، ۱۴۰۴ق، ج ۲، ص. ۴۰؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۲، ص. ۱۲۱؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص. ۱۷۷). با این استدلال که:

اولاً. در صورتی، مال از مالکیت شخصی خارج می‌شود و جزو مباحات به‌شمار می‌آید که مالکش از آن اعراض کند (همدانی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۱۸).
ثانیاً. به مقتضای قاعده ید، مال، متعلق به مالک زمین است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص. ۱۶۲).

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: آنچه از تتبع در آثار فقها و بررسی روایات و در نظر گرفتن اتفاق نظر فقهای شیعه بدست می‌آید این است که اثر مکشوفه «دفینه یا اثر تاریخی»، متعلق به یابنده و مالک زمین است که تنها باید خمس آن را به حکومت اسلامی بپردازد؛ این در حالی است که علی‌رغم مشروع دانستن مالکیت یابنده بر اثر مکشوفه در ملک شخصی، دولت‌ها با وضع پاره‌ای الزامات قانونی و تعیین مجازات

برای کسی که از تحویل اثر یافت‌شده خودداری می‌کند، بدون در نظر گرفتن حقی برای یابنده، مال یافت‌شده را از او اخذ می‌کنند؛ بدون اینکه مبنای شرعی بر این کار داشته باشند. تا جایی که برخی از فقهای معاصر، این عمل دولت‌ها را مصادق غصب و حرام می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

برخی دیگر از فقهاء، در توجیه عمل دولت‌ها مبنی بر اخذ اثر کشف‌شده - اعم از دفینه یا اثر تاریخی - و قائل نشدن حق برای یابنده، چنین استدلال کرده‌اند: اول اینکه - دفینه هم مانند معادن، از جمله انفال و اموال عمومی به‌شمار می‌آید که اختیارش به دست حاکم شرع است؛ به این دلیل که:

اولاً. دفینه از جمله چیزهایی که مردم، برای تحصیل آن، متحمل هیچ زحمتی نشده‌اند و از طرفی طبق آیه ۷ سوره حشر «كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ»، اگر قائل به مالکیت یابنده بر گنج شویم، موجب تکاثر در اموال می‌شود که از نظر شرعی مبعوض است؛ حال، اگر فقهاء، دفینه را جزو انفال ندانسته‌اند، به این جهت است که الغاء خصوصیت نکرده‌اند. اما امروزه با الغاء خصوصیت از روایاتی که مصادیق انفال را ذکر کرده‌اند، می‌گوییم: هر چیزی که ارزش مالی دارد و شخص، برای تحصیل آن زحمت نکشیده، جزو اموال عمومی به‌شمار می‌آید که گنج هم از این قبیل می‌باشد (منتظری، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص. ۱۳۲).

ثانیاً. بر مبنای عرف و سیره عقلاء، امروزه دفینه و میراث فرهنگی، جزو انفال به‌شمار می‌آید و جایی برای مالکیت خصوصی باقی نمی‌ماند؛ زیرا اگرچه از نظر شرعی، مالکیت اشخاص بر اموالشان محترم و تعدی به آن حرام است؛ لیکن، در بحث مالکیت، شرع، موضوع حکم و اینکه چه چیزی «مال الغیر» است را معین نکرده و این موضوعی است که عقلاً، بر اساس مصالح و مفاسدی که در مناسبات اجتماعی خود لازم می‌بینند، تعیین می‌کنند. بنابراین، شرع، دخل و تصرفی در تعیین موضوع حکم و سعه و ضیق آن ندارد؛ بلکه هر آنچه را که عقلاً، مال الغیر تلقی کنند - تجاوز به آن را حرام می‌دانند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص. ۱۰۱؛ خویی، ۱۴۱۱ق، ص. ۲۹۶؛ کوه کمری، ۱۴۰۹ق، ص. ۵۰).

دوم اینکه: از آنجایی که امروزه، آثار تاریخی - فرهنگی «آثار باستانی» به جا مانده از

زمان‌های دور، نشان‌دهنده شخصیت، هویت و اصالت یک جامعه است که به منظور حفظ هویت مذهبی و ارتقاء سطح فرهنگ عمومی جامعه، حفظ این میراث فرهنگی، امری ضروری و حتمی می‌نماید؛ پس نگاه به این آثار، صرفاً از جهت ارزش مالی آنها نیست؛ بلکه به لحاظ جنبه‌های معنوی و فرهنگی ارزش می‌یابند؛ همین امر، باعث شده که حکومت‌ها، مالکیت خصوصی افراد را از این حیث محدود کنند.

در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: استدلال اول ردّ شده؛ زیرا:

اولاً. موارد انفال، در روایات، معین است و دفینه جزو آنها نیست.

ثانیاً. با توجه به اینکه دفینه، در عصر معصومین وجود داشته و روایات هم، در مقام بیان بوده‌اند؛ باین‌حال، هیچ‌یک از فقهاء، چنین فتوایی نداده‌اند؛ پس جزو انفال دانستن دفینه، محلّ تردید است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

در ردّ استدلال دوم هم گفته شده:

اولاً. روایات - به‌عنوان یکی از منابع استخراج احکام - صراحتاً دلالت دارند بر اینکه آثار یافت شده «از جمله دفینه»، متعلق به یابنده است و فقط خمس آن به بیت‌المال پرداخت می‌شود (حرعاملی، ۱۳۹۱، ج ۶، ص. ۵).

ثانیاً. مالکیت اشخاص بر اموال تحت تملک آنها، مالکیت اعتباری است و این مالکیت، موضوع احکام عقلایی نیست بلکه یک حکم شرعی وضعی مستقل است که همان احترام اموال اشخاص و حرمت تصرف دیگران در این اموال می‌باشد. ثالثاً. تمسک به سیره عقلا مبنی بر انفال شمردن دفینه و میراث فرهنگی در عصر حاضر نیز محل اشکال است؛ زیرا یک سیره مستحدثه است که دلیلی بر تأیید و امضای آن از سوی شرع وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۴).

در پاسخ به این استدلال، گفته شده: تحدید مالکیت خصوصی افراد، اگر به جهت حفظ آثار فرهنگی - باستانی و جلوگیری از پدیده قاچاق اشیاء عتیقه و خروج این اموال از کشور باشد و دولت با وضع احکام ثانویه، از ورود خسارت بر افراد جامعه جلوگیری کند، امری پسندیده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ج ۲، ص. ۱۷۹). اما به صرف یک سری ظنون استحسانی، نمی‌توان مالکیت خصوصی افراد را محدود کرد؛ بلکه با توجه به قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكْنَ أَوَّلَى مِنَ الطَّرْحِ» (مظفر، ۱۴۰۳ق، ج ۲، ص.

(۲۰۰)، دولت می‌تواند با پرداخت قیمت این اشیاء به مالک خصوصی، جمع بین حقین «حق مالک خصوصی و حفظ منافع عمومی» کرده و از ورود خسارت بر مالک جلوگیری کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۹۹۱) بنابراین، غیر از «دفع ضرر» که مستند شرعی تحدید مالکیت خصوصی افراد به‌شمار می‌آید، امروزه هیچ دلیل مستند علمی و فقهی که بتواند مالکیت خصوصی افراد را محدود کند، نداریم.

از نظر حقوق بین‌الملل و رویه سازمان یونسکو، ملاک قرار گرفتن در شمار آثار ملی، ارزش عرفی اثر تاریخی - فرهنگی است نه قدمت و ارزش تاریخی یا سپری شدن قرن‌ها و دهه‌ها. بر همین اساس است که قانون ثبت آثار ملی مصوب ۱۳۵۲، صرف‌نظر از تاریخ پیدایش آثار، کلیه آثار منقول واجد اهمیت و ارزش از نظر تاریخی و شئون ملی را، در زمره آثار ملی مذکور در قانون حفظ آثار ملی قرار داده است. این در حالی است که به‌موجب نظریه شماره ۶۰۷۶-۱۳۶۱/۸/۳ شورای نگهبان، شمول قانون مذکور، نسبت به اشیاء قیمتی واقع در املاک شخصی، مغایر با موازین شرع شناخته شده است. قانون اساسنامه سازمان میراث فرهنگی مصوب ۱۳۶۷ نیز، فاقد ملاک و معیار خاص، برای تشخیص میراث فرهنگی است و تنها در ماده ۱ این قانون، کلیه آثار باقیمانده از گذشتگان، که زمینه هدایت فرهنگی و عبرت‌آموزی انسان را فراهم می‌کند و به نوعی، نشانگر حرکت انسان در طول تاریخ است را، مشمول آثار فرهنگی دانسته است (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص. ۲۲۱). حال اگرچه ممکن است چنین گفته شود که آثار ثبت‌نشده در فهرست آثار ملی، از جمله اموال منقول یا غیرمنقول، دفینه‌ها و آثار تاریخی، جزو مباحات به‌شمار می‌آید و متعلق به کسی است که آنها را بیابد؛ ولیکن نباید از نظر دور داشت که ضابطه زمانی مندرج در قانون حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹، همچنان پابرجاست.

بر طبق ماده ۱۲ قانون حفظ آثار ملی نیز، حفاری و کاوش آثار ملی، منحصرأ حق دولت است و مستند به ماده ۵۶۲ قانون مجازات اسلامی، هر گونه کاوش و حفاری به قصد به‌دست آوردن اموال فرهنگی - تاریخی، جرم به‌شمار می‌آید؛ اما اگر مالی برحسب تصادف و اتفاق پیدا شود - اگرچه در ملک شخصی فرد باشد - جزو آثار

ملی به حساب می‌آید و یابنده ملزم است که این موضوع را به سازمان میراث فرهنگی اطلاع دهد و از طرفی اداره تحقیقات نیز باید نصف اشیای پیدا شده یا نصف قیمت تجاری آنها را به یابنده تحویل دهد (روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران، مجموعه قوانین سال ۱۳۶۷، ص. ۳۰۳).

در تأیید مطالب فوق، مبنی بر محترم شمردن اموال اشخاص و مصون بودن آن از تعرض دیگران، می‌توان به رأی دیوان عدالت اداری اشاره کرد که در آن، مالکیت شخصی افراد بر اشیاء عتیقه یافت‌شده در ملک شخصی را محترم شمرده و اطلاق مصوبه هیئت وزیران به شماره نامه ۱۱۲۹۰۷/ت/۲۸۳۳۹ مورخ ۱۳۸۶/۷/۱۶ را، که مقرر می‌دارد: «اموال فرهنگی - تاریخی منقول زیر خاکی، جزو اموال عمومی و مالکیت آن، متعلق به جمهوری اسلامی ایران است»، را با در نظر گرفتن ادله شاکی (از جمله: آیه ۱۸۸ سوره بقره^۱، ماده (۷) از قانون راجع به حفظ آثار ملی مصوب ۱۳۰۹/۸/۱۲، ماده (۱۲) آیین‌نامه مدیریت، ساماندهی، نظارت و حمایت از مالکان و دارندگان اموال فرهنگی - تاریخی منقول مجاز مصوب ۱۳۸۴/۵/۱۰، استناد به حدیث نبوی: «الناس مسلطون علی اموالهم»^۲، استناد به حدیث نبوی: «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»^۳) و با استناد به نامه شماره ۹۱/۳۱/۴۸۴۶۵ - ۱۳۹۱/۸/۷ فقهای شورای نگهبان^۴، باطل و خلاف موازین شرع می‌داند. و مستند به بند ۱ ماده ۱۲ و مواد ۸۸ و ۱۳ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری، حکم به ابطال مصوبه مذکور، از تاریخ تصویب را صادر می‌کند.

۳-۳. تحدید مالکیت خصوصی افراد، به جهت تعارض قاعده تسلیط با قاعده لاضرر

مبنتی بر الزامات این ماده، اگرچه مالکین بر اموال خود، سلطنت مطلق دارند؛ اما این تصرفات مطلق ممکن است به افراد دیگر از جمله اجتماع و دولت ضرر وارد کند؛ لذا باید این تصرفات را، محدود به مصالح اجتماعی و بر طبق قانون کرد. حال، در خصوص ماده ۳۸ ق.م. این چالش مطرح می‌شود که: سلطنت مطلق مالک بر ملک خود، در عمل مستلزم ضرر دیگران از جمله افراد اجتماع و دولت است؛ پس، به نظر می‌رسد که اطلاق ماده مزبور، با قاعده لاضرر تقیید خورده است؛ زیرا، مدرک قاعده سلطنت، حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» می‌باشد؛ که از عموم این حدیث چنین استفاده می‌شود: هر

فردی از افراد مردم، سلطنت مطلقه تامه به جمیع انحاء بر تمام انواع و افراد اموال خودشان دارند. و مدرک قاعده دوم نیز، حدیث نبوی «لاضرر و لااضرار» است؛ بدین معنا که هر گاه کسی در اعمال حق خویش، سبب ضرر دیگری گردد، در راستای حکومت قاعده لاضرر بر قاعده تسلیط، صاحب حق، از اجرای حق خویش منع می‌گردد؛ تا جایی که برخی از فقهاء، تصرف در ملک را تا جایی جایز می‌دانند که سبب ضرر همسایه نگردد. برخی دیگر از فقهاء نیز، مالک را از تصرفی که تنها به قصد اضرار به دیگری و بدون جلب منفعت یا دفع ضرر انجام شده است، باز می‌دارند؛ اما اگر تصرف مزبور، نه به قصد اضرار، بلکه با هدف دفع ضرر یا جلب منفعت صورت گرفته باشد، مجاز می‌شمارند. بعضی دیگر نیز تصرفی که عبث و بیهوده بوده و برای مالک هیچ فایده‌ای نداشته باشد، بلکه تنها به جهت امیال نفسانی صورت گیرد، را به قصد اضرار ملحق و مشمول قاعده لاضرر شمرده‌اند. در حالی که به نظر می‌رسد معیار قاعده لاضرر، نه قصد اضرار، بلکه ضرر غیرمتعارف است؛ به این معنا که اگر کسی در انجام عمل خود، ضرر متعارفی به دیگری بزند، مشمول قاعده نفی ضرر قرار نمی‌گیرد و از انجام عمل خود منع نمی‌شود؛ اما اگر ضرر نامتعارفی به دیگری برساند، به موجب قاعده لاضرر از آن منع می‌شود (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۳، صص. ۱۵۴ و ۱۵۵). لذا، تأمین مصالح اجتماعی، حکومت‌ها را وادار کرده که مالکیت خصوصی افراد را، مورد دست‌اندازی قرار داده و در مواردی، حق مالکیت را از برخی افراد سلب یا نسبت به آن محدودیت ایجاد کنند (خردمندی، ۱۳۸۶ق، ص. ۲۶۱) و مبتنی بر همین قاعده لاضرر است که در ذیل ماده ۳۸ ق.م آمده است: «مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد.» لذا، ماده «۱۳۲» ق.م که بیان می‌دارد: «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم ضرر همسایه شود...» را می‌توان مقید ماده ۳۸ قانون مدنی دانست.

۳-۴. تحدید مالکیت خصوصی افراد، در مورد فضا و قرار زمین

از جمله الزامات ماده ۳۸ ق م، تصرف مطلق مالک در ملک خود بود که این حق تصرف را، به فضا و اعماق زمین نیز سرایت می‌دهد؛ حال، با توجه به اطلاق ماده فوق، این چالش مطرح می‌شود که: طبق بنای عقلا، مالکیت بر زمین، شامل مالکیت تا عنان السماء نمی‌شود؛ به طوری که اگر هواپیماها یا سفینه‌های فضایی از بالای شهرها حرکت

کنند، کسی بگوید در ملک دیگران حرکت کرده‌اند و حرکت آنها بدون رضایت مالک، مجاز نیست؛ یا اینکه اگر بخواهند در اعماق زمین، مترو بسازند، رضایت صاحب خانه‌ها را لازم بدانند (مکارم شیرازی، ۱۳۹۶، ص. ۳۵۴)؛ زیرا دلیل احیاء شامل این موارد نمی‌شود؛ بنابراین عمق زمین و فضای بالا آن تحت همان مباحات اصلیه باقی می‌ماند (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۲۵، ص. ۵۷). این که بنای عقلا نسبت به آن اعماق ثابت نیست، شاید به جهت این باشد که از مسائل مستحدثه است (موحدی لنکرانی، ۱۳۸۱، ج ۱، ص. ۶۲). بنابراین، در عصر حاضر، با توجه به اکتشافات جدید و پیشرفت‌های علمی، دیگر نمی‌توان به‌طور مطلق از حق مالکیت سخن گفت. حال، اگر چه به‌موجب حکم اولیه اسلام، مالکیت نامحدود مالک، بر فضا و قرار زمین مشروع شناخته شده است؛ لیکن، قانون‌گذار اسلامی می‌تواند بر اساس مقتضیات زمانی و مکانی، با وضع احکام ثانویه، به محدود سازی مالکیت خصوصی افراد بپردازد. که در ذیل به دلایل فقهی مشروعیت این محدود سازی و نقد و تحلیل آن پرداخته می‌شود:

۱- بیان نظریه:

اولاً. به استناد حدیث «من احیی ارضاً میتاً فهی له»، حیازت، فقط شامل ظاهر زمین می‌شود و بهره‌برداری از اعماق زمین فقط در حدّ سرداب و چاه آب پذیرفته است؛ اما معادن باطنی از قبیل طلا و نقره و غیره از ملکیت شخصی خارج است (خویی، ۱۴۱۲ق، ص. ۶۰) و از آنجایی که روایت اطلاق ندارد، چه بر اساس عرف، قائل به مالکیت لایه‌های نزدیک به سطح زمین شویم و چه بر اساس سیره عقلائی، قائل به مالکیت تبعی در لایه‌های زیرین زمین شویم، باز چاره‌ای جز اکتفا به قدر متقین «در حدّ سرداب و چاه آب» نداریم (سلطانیان، ۱۳۸۹، ص. ۲۲۰).

ثانیاً. از آنجایی که وضع احکام در شرع مقدس اسلام، تابع مصالح و مفسد است؛ گاهی ضرورت و مصلحت ایجاب می‌کند که برای رعایت مصالح عموم و جلوگیری از ایجاد هرج و مرج در سطح جامعه، منافع عمومی بر منافع شخصی ترجیح داده شود و حدود مالکیت خصوصی افراد محدود شود (صدر، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۶۱)؛ که از آن جمله، محدودیت مالکیت مالک بر فضا و قرار زمین است که خارج از احتیاجات عرفی است (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۵۸۷).

۲- نقد نظریه: در نقد این دیدگاه می‌توان گفت: اگر چه امروزه، مقتضیات زمانی و

مکانی، ایجاب می‌کند که فضا و قرار زمین - خارج از احتیاجات عرفی مالک - در اختیار و تصرف دولت قرار بگیرد و جزو انفال به حساب آید تا در اختیار عموم مردم و در جهت رفع نیازهای آنان قرار بگیرد؛ لیکن، محروم کردن مالک زمین از کل این منافع، برخلاف حکم اولیه اسلام است؛ چراکه بر اساس فتاوی فقهاء، معادن و دفینه‌ای که در زمین شخصی یافت می‌شود، متعلق به صاحب زمین است و او تنها، موظف به پرداخت خمس آن می‌باشد. بنابراین باید:

اولاً. حقوق مالکین خصوصی حفظ شود و خسارات احتمالی آنها جبران شود؛ چنانکه در فتوای حضرت امام، در خصوص معادن نفت و گاز واقع در املاک شخصی آمده است: اگر این معادن در املاک شخصی یافت شود و دولت قصد استخراج و بهره‌برداری از آنها را داشته باشد، باید با انعقاد عقد بیع یا اجاره، پس از تملک عین یا منفعت زمین، ثمن یا اجاره بهای زمین را به مالک پرداخت نماید (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص. ۵۸۷).

ثانیاً. با استناد به روایاتی که دینه و معادن موجود در زمین شخصی را، متعلق به صاحب زمین می‌دانند؛ اگر دولت، به جهت حفظ مصالح عموم، قصد تصرف و در اختیار گرفتن این ذخایر را دارد، باید با پرداخت قیمت این ذخایر، رضایت صاحب ملک را جلب کرده و از ورود خسارت بر او جلوگیری کند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص. ۹۹۱)؛ در غیراین صورت، محروم ساختن مالک زمین، به‌طور کلی، از منابع یافت شده، هیچ مستند شرعی ندارد و طبق نظر برخی از فقهای معاصر، مصداق غصب و حرام می‌باشد (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ص. ۱۶۲).

۴. مبنای اجبار مالک به معامله زمین شخصی خود، در صورت پیدا شدن معدن یا دینه

دلیل ما بر اجبار مالک به معامله، این است که اجتماع بشری ایجاب می‌کند که یک سلسله مقررات موضوعه وضع شود؛ زیرا گزینه و طبیعت برای تعیین حدود و حقوق انسان کافی نیست؛ از این رو، مالکیت‌ها نیز مانند بسیاری از مسائل دیگر زندگی اجتماعی باید با قانون مشخص شود. انسان باید تابع قانون باشد و متقابلاً قانون نیز، باید تابع عدالت باشد و عدالت عبارت است از این که به هر ذی‌حقی، حقتش داده شود؛ بنابراین، رعایت عدالت در قانون‌گذاری اقتضاء می‌کند که جامعه و فرد، هر دو به حقوق

خود برسند، اما اگر به فرض رعایت حق مالکیت شخص، با همه اوصافی که دارد، موجب تفویض مصلحت جامعه شود، عدالت حکم می‌کند که با تحدید مالکیت فرد، مصلحت جامعه حفظ شود و اگر رعایت مصلحت جامعه، جز از طریق سلب مالکیت شخصی امکان‌پذیر نیست، مصلحت جامعه باید مقدم شود، اما نه به دلیل این که فرد، هم عرض جامعه اصالت ندارد بلکه به دلیل این که حق مالکیت فرد، در واقع، یک حق اولویت نسبت به اموالی است که خداوند برای همه بشر قرار داده است و این اولویت نمی‌تواند موجب سلب حق جامعه شود. بعلاوه در تراحم بین حق جامعه و حق فرد، عقل حکم می‌کند که حق جامعه از باب تقدیم اهم بر مهم، بر حق فرد مقدم شود. اضافه بر این، تقدیم حق جامعه و رعایت مصلحت جامعه، آثار مثبتی دارد که خود شخص نیز از آن بهره‌مند می‌شود (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۲-۲۶۴). علاوه بر استناد به اصل عدالت، قاعده تقدیم اهم بر مهم نیز اقتضاء می‌کند که اگرچه مالکیت هر شخص، دارای حرمت و احترام است، اما این حرمت به اندازه حرمت مصلحت عموم نیست و در مواردی که رعایت و حفظ هر دو ممکن نباشد، به حکم عقل و شرع، در این تراحم، باید مصلحت عموم به‌عنوان مصلحت اهم، بر مصلحت مهم یعنی حق مالکیت فرد مقدم شود. در محدوده احکام ثانویه نیز می‌توان گفت: مناط جواز عمل به بسیاری از احکام ثانویه، از قبیل موارد ضرورت و اضطرار، عسرو حرج، همین قاعده است؛ نه اینکه این قاعده، در عرض آن قواعد باشد (خردمندی، ۱۳۸۶، صص. ۲۶۷ و ۲۶۸).

۵. نظریه مختار نویسندگان

اگرچه طبق ماده ۱۶۱ قانون مدنی، معدنی که در زمین کسی واقع شده، ملک صاحب زمین است و تنها استخراج ملک، تابع قوانین مخصوصه شده است؛ لیکن، در قانون معادن مصوب ۱۳۶۲/۳/۱، مالکیت صاحب زمین نسبت به معدنی که در زمین او واقع شده، بسیار محدود شده است؛ چنانکه بنا به ضرورت و حفظ مصالح جامعه اسلامی، بهره‌برداری از معادن بزرگ واقع در املاک شخصی - چون این معادن، ملی است و متعلق به ملت‌های حال و آینده است که در طول زمان موجود می‌گردند - از تبعیت املاک شخصیه خارج شده و در اختیار دولت قرار گرفته است؛ لیکن، دولت باید قیمت املاک اشخاص و یا اجاره زمین تصرف شده را مانند سایر زمین‌ها، بدون محاسبه

معادن در قیمت یا اجاره پردازد و مالک نمی‌تواند از این امر جلوگیری نماید. به عقیده نویسنده، مراد از جمع بین حقین این است که اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین باشد، دولت، علاوه بر پرداخت قیمت زمین، سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن را برای صاحب زمین در نظر بگیرد. و اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین نباشد، سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن را برای مالک در نظر بگیرد. و در حالت سوم، اگر بهره‌برداری از معدن، مستلزم تصرف زمین نیست؛ لیکن خساراتی را برای صاحب ملک به همراه دارد، ضمن در نظر گرفتن سهمی از معدن اکتشافی یا بهای معادل آن، خسارات احتمالی وارده بر زمین را جبران کند. بدیهی است که پرداخت کل بهای معدن یافت شده در ملک شخصی، از سوی دولت میسر نخواهد بود و ملی کردن معادن، از آنجایی که مستلزم سهیم شدن و بهره‌مندی مالک خصوصی در سرمایه‌های ملی کشور است، نفع او را نیز به دنبال دارد.

در خصوص دفینه نیز، اگرچه به حکم قانون و به جهت حفاظت از میراث فرهنگی، یابنده موظف به تحویل اشیاء عتیقه مکشوفه به دولت شده است؛ لیکن، حقی نیز برای او در نظر گرفته شده است که در خصوص اشیای عتیقه که قدمت آن بیشتر از صد سال است، معادل دو برابر بهای روز ماده خام فلزات قیمتی و جواهرات کشف شده، برای یابنده در نظر گرفته می‌شود و در خصوص اشیای غیرعتیقه، که قدمت آن به صد سال نمی‌رسد، پس از پرداخت خمس قیمت شیء کشف شده، شیء مشکوفه به یابنده تعلق می‌گیرد. در این صورت جمع بین حقین (حق حاکم و حق مالک خصوصی) صورت می‌گیرد و از تضييع حق مالک خصوصی جلوگیری می‌شود.

دلیل ما بر چرایی جبران خسارت در سلب مالکیت خصوصی این است که: هر چند دولت اسلامی، بدون توجه به خواست و اراده افراد، اقدام به سلب مالکیت شخصی از اموال آنها می‌کند؛ لیکن عدالت اقتضا می‌کند برای جلوگیری از تضييع حقوق فردی، بهای مال تملک شده به صاحب آن پرداخت شود و چنانچه خسارتی بر مال او وارد شده باشد، این خسارت جبران شود (خمینی، ۱۳۷۸، ج ۲۰، ص. ۱۷۱)؛ زیرا در مقابل سهیم بودن مردم در ثروت‌های عمومی، مسئولیت آنها در مقابل هزینه‌های عمومی نیز ثابت می‌شود که مبنای این دیدگاه، علاوه بر اصل عدالت، نظریه «برابری همگان در تأمین

هزینه‌های عمومی» نیز می‌باشد (ابوالحمد، ۱۳۷۶، ص. ۵۶۳). که در مبانی حقوق اسلامی، از آن، با عنوان قاعده «من له الغنم فعليه الغرم» یاد می‌کنند. به همین دلیل، طبق قوانین جاری تملک، دولت علاوه بر الزام به پرداخت بهای عادلانه ملک سلب مالکیت شده، موظف به جبران خسارات ناشی از تملک نیز می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص. ۱۵۱). آنچه از تحلیل مطالب فوق بدست می‌آید، این است که: همه فقهاء و حقوق‌دانان معتقدند که دولت به جهت حفظ مصالح عمومی، می‌تواند اقدام به سلب مالکیت شخصی افراد در صورت لزوم کند که مستند این قول، مجوزات شرعی از جمله «قاعده ضرورت» و «لاضرر» می‌باشد؛ البته به شرطی که دولت، با پرداخت خسارات وارده به صاحبان املاک یا پرداخت بهای ملک تصرف شده، رعایت عدالت را بنماید.

نتیجه‌گیری

آنچه از بررسی الزامات و چالش‌ها و عوامل تحدید مالکیت خصوصی در ماده ۳۸ قانون مدنی بدست می‌آید این است که: اگرچه در ماده ۳۸ ق.م، در ابتدای ماده، از حق مالکیت به‌طور مطلق سخن به میان آمده؛ لیکن با توجه به قید «... مگر آنچه را که قانون استثناء کرده باشد»، تحت تأثیر زمان و مکان در حقوق کنونی، استثناهای فراوانی در خصوص تصرف در معادن، فضا، اعماق زمین، آثار باستانی، گنج و... بر این ماده وارد شده و دایره مالکیت مالک را تا حدّ زیادی محدود کرده است؛ لذا، دیگر با دشواری می‌توان از اطلاق حق مالکیت سخن گفت. و از آنجا که مستثناء بیشتر از مستثناء منه است و این، مستلزم تخصیص اکثر است که از نظر اصولی قبیح است؛ لذا، واقع‌بینی اقتضاء می‌کند که قید قانون، در ماهیت ماده گنجانده شود و ماده به این صورت اصلاح شود که: «مالکیت زمین، مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است در حد عرف و همچنین است نسبت به زیر زمین و بالجمله مالک، حق هر گونه تصرف در هوا و قرار زمین را در حدود قوانین دارد». بدین معنا که در حقوق کنونی، بهتر است به جای سخن گفتن از اطلاق حق حاکمیت، از اصل تسلیط سخن به میان آید؛ بدین معنا که اگر در قوانین موضوعه و از نظر عرفی، برای اعمال حق مالکیت، قیدی قرار داده نشده باشد، با توجه به اینکه «آنچه منع نشده، مجاز است»، پس مالک، حق انتفاع یا تصرف در مال مورد نزاع را دارد. از سوی دیگر، با استناد به ادله شرعی که از سوی برخی فقهای

معاصر، در خصوص احترام اموال اشخاص و حرمت تصرف دیگران در مال غیر، ارائه شده و عمل دولت‌ها، در تحدید مالکیت خصوصی افراد بر اشیاء عتیقه یا معادن یافت شده در ملک شخصی، و وضع پاره‌ای الزامات قانونی و تعیین مجازات برای کسی که از تحویل اثر یافت‌شده خودداری می‌کند - بدون اینکه حقی برای یابنده یا مالک زمین در نظر بگیرند - را مصداق غصب و عمل حرام می‌دانند؛ لذا، ضرورت دارد دولت، با توجه به قاعده «الْجَمْعُ مَهْمَا أَمَكَّنَ أَوْلَىٰ مِنَ الطَّرْحِ»، با در نظر گرفتن سهمی برای مالک زمین و پرداخت خسارات به او، جمع میان حقین کرده و از تضييع حق غیر جلوگیری کنند. چنانکه در تأیید مطلب فوق، در متن مقاله، نمونه‌ای از رأی دیوان عدالت اداری، در خصوص محترم شمردن مالکیت شخصی افراد بر اشیاء عتیقه یافت‌شده در ملک شخصی ارائه شد.

یادداشت‌ها

۱. وَاكُلُوا اَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ؛ و اموالتان را میان خودتان به ناروا مخورید.
۲. اموال منقوله که، از آثار ملی محسوب و مالکیت خصوصی داشته باشد، باید در فهرست جداگانه به ترتیبی که در ماده سوم مقرر است، ثبت شود.
۳. «... ثبت اثر در فهرست آثار ملی، خدشه‌ای به مالکیت مالک وارد نخواهد کرد...».
۴. چنانچه مالکیت دولت که دارای شخصیت حقوقی مستقل است، بر این گونه اموال عمومی فرض گرفته شود؛ آنگاه با استناد به حدیث نبوی «مردم بر اموال خود تسلط دارند»، این گونه اموال قابلیت انتقال به غیر به وسیله دولت و قابلیت بازداشت به وسیله اشخاص ثالث را پیدا می‌کنند، که این امر، موجب ورود ضرر به حقوق عمومی و تضییع حقوق ملت ایران می‌شود.
۵. از آنجایی که «زیان دیدن و زیان رساندن در اسلام، جایز نیست»؛ لذا، مالکیت دولت بر این گونه اموال عمومی توجیه شرعی ندارد.
۶. اطلاق مصوبه مذکور، نسبت به مواردی که اموال فرهنگی، تاریخی منقول، ملک شخصی اشخاص یا جزء موقوفات است، خلاف موازین شرع شناخته شد.

کتابنامه

- قرآن کریم.
- ابن ادریس حلی، محمد بن احمد (۱۴۱۰ق). *السرائر*. قم: انتشارات اسلامی.
- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۴۰۴ق). *من لایحضره الفقیه*. قم: النشر الاسلامی.
- ابن براج، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*. قم: النشر الاسلامی.
- ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۶). *حقوق اداری ایران*. تهران: نشر طوس.
- اراکي، محسن (۱۴۳۴ق). *ملکيه المعادن فی فقه الاسلامی*. قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- اردبیلی، احمد (۱۴۰۳ق). *مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الأذهان*. قم: انتشارات اسلامی.
- اردبیلی، یوسف بن ابراهیم (۱۴۲۷ق). *الانوار لاعمال الابرار*. کویت: دارالضیاء.
- اشتهدادی، علی پناه (۱۴۱۷ق). *مدارک العروه*. تهران: دارالأسوه.
- اصفهانى (فاضل هندی)، محمد (۱۴۰۵ق). *کشف اللثام*. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
- اصفهانى، سیدابوالحسن (۱۴۲۲ق). *وسيله النجاه*. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی

(رحمت‌الله‌علیه).

امامی خوانساری، محمد (۱۴۲۷ق). الحاشیه‌الثانیه علی‌المکاسب. قم: آل‌البيت (علیهم‌السلام).
امامی، سیدحسین (۱۳۳۸). حقوق مدنی. تهران: چاپ اسلامی.
انصاری، مرتضی (۱۴۱۰ق). المكاسب «کتاب الخمس». بیروت: مؤسسه النور للمطبوعات.
انصاری، مرتضی (۱۴۱۶ق). فرائد الاصول. قم: نشر الاسلامی.
انصاری، مرتضی (۱۴۲۰ق). مکاسب. بی‌جا: المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری المئویة الثانية لمیلاد الشیخ الانصاری.

انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۸). دانشنامه حقوق خصوصی. تهران: جنگل.
بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). حقائق الناظره. قم: انتشارات اسلامی.
بیات، فرهاد و بیات، شیرین (۱۳۹۴). شرح جامع قانون مدنی. تهران: ارشد.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
حائری شاه‌باغ، سید علی (۱۳۸۲). شرح قانون مدنی. تهران: کتابخانه گنج دانش.
حائری یزدی، مرتضی (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس. قم: النشر الاسلامی.
حرعاملی، محمد بن حسن (۱۳۹۱). وسائل الشیعه. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
حسینی میلانی، محمدهادی (۱۳۹۵). محاضرات فی فقه الامامیه. مشهد: دانشگاه فردوسی.
خردمندی، سعید (۱۳۸۶). تحدید مالکیت. کرمانشاه: طاق بستان.

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۷). کتاب البیع. قم: مطبعه مهر.
خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۸). صحیفه امام. تهران: نشر و تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۰). تحریر الوسیله. قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.
خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۲). توضیح المسائل. تهران: مؤسسه تنظیم آثار امام خمینی (رحمت‌الله‌علیه).

خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۱ق). الاجتهاد و التقليد. قم: چاپخانه نوظهور.
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه. قم: دارالفکر.
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۷ق). موسوعه الامام الخوئی. قم: مؤسسه احیاء آثار امام خوئی.
خویی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۸ق). التنقیح فی شرح العروه الوثقی. قم: توحید للنشر.
خویی، سیدابوالقاسم (بی‌تا). المستند العروه الوثقی. قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.
روزنامه رسمی جمهوری اسلامی ایران (۱۳۶۷). مجموعه قوانین.

سلطانیان، صحبت‌الله (۱۳۸۹). حقوق مدنی (اموال و مالکیت). تهران: جاودانه.
سنهوری، عبدالرزاق احمد (بی‌تا). الوسيط فی شرح القانون المدني. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق). اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه. بیروت: دارالتراث.
شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه. قم: النشر الاسلامی.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه. قم: داوری.
شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
شیرازی، ابی اسحاق ابراهیم (۱۴۱۷ق). المهذب فی الامام الشافعی. بیروت: دارالکتب العلمیه.
صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۷۴). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

صدر، محمدباقر (۱۳۸۲). اقتصادنا. قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
صفایی، حسین (۱۳۸۹). دوره مقدماتی حقوق مدنی. تهران: میزان.
طباطبایی بروجردی، آقا حسین (۱۴۲۳ق). رساله فی الخمس. قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (علیهم‌السلام).

طباطبایی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق). مستمسک العروه الوثقی. قم: مؤسسه دارالتفسیر.
طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۰۹ق). العروه الوثقی. بیروت: مؤسسه الأعلمی.
طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۴۱). بحثی درباره مرجعیت و روحانیت «ولایت و زعامت». تهران: سهامی انتشار.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷). المبسوط فی فقه الامامیه. بی‌جا: مکتبه المرتضویه.
طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: انتشارات اسلامی.
عاملی، محمدجواد (بی‌تا). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. قم: مؤسسه آل‌البيت (علیهم‌السلام).

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۸). تذکره الفقهاء. تهران: مکتبه الرضویه.
عمید زنجانی، عباسعلی و موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۸۸). بایسته‌های فقه سیاسی. تهران: مجلد.
فیاض، محمداسحاق (۱۴۰۱ق). الأراضی. قم: دارالکتاب.
قوی‌البنیه، ابوالفضل (۱۴۰۰). نظریه‌های بنیادین مالکیت خصوصی. تهران: انتشارات جهاد دانشگاهی.

قوی‌البنیه، ابوالفضل (بی‌تا). تعالیق مبسوطه علی العروه الوثقی. قم: محلّاتی.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴). دوره مقدماتی حقوق مدنی، (اموال و مالکیت). بی‌جا: نشر یلدا.
کاشف الغطاء، جعفر (۱۴۲۲ق). کشف الغطاء عن مبهمات الشریعه الغراء. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹). تحریرالمجله. تهران: مکتبه النجاج.
کاشف الغطاء، مهدی (بی‌تا). مورد الأنام فی شرح شرائع الاسلام. نجف: مؤسسه کاشف الغطاء.
کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۳). رابطه منطقی قاعده فقهی لاضرر و قاعده غربی سوءاستفاده از حق. فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، (۲)، صص. ۱۳۵-۱۶۶.

کلانتری، علی‌اکبر (۱۳۷۸). حکم ثانوی در تشریح اسلامی. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). کافی. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
کنعانی، محمدطاهر (۱۳۸۷). تملک اموال عمومی و مباحات. تهران: انتشارات میزان.
کوه کمری، سید محمد (۱۴۰۹ق). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
مجلسی، محمدباقر (۱۴۰۴ق). بحارالانوار. بیروت: مؤسسه الوفاء.
محقق حلی، جعفر (۱۴۰۹ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. تهران: استقلال.
محقق داماد، سیدمحمد (۱۴۱۸ق). کتاب الخمس. قم: دارالأسراء.
محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۶). قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت). قم: اسلامی.
مصطفی، ابراهیم؛ الزیات، احمد حسن؛ عبدالقادر، حامد و النجار، محمدعلی (۱۹۸۹). المعجم الوسیط. استانبول: دارالدعوه.

مظفر، محمدرضا (۱۴۰۳ق). اصول الفقه. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.
مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق). فقه الامام الصادق (علیه السلام). قم: انصاریان.
مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۹۶). آرشیو دروس خارج فقه آیت‌الله مکارم شیرازی. اصفهان: تحقیقات رایانه‌ای.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق). انوارالفقاهه «کتاب الخمس و الأنفال». قم: مدرسه علی بن ابیطالب (علیه السلام).

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق). استفتائات جدید. قم: مدرسه علی بن ابیطالب (علیه السلام).
منتظری، حسینعلی (۱۴۰۸ق). دراسات فی ولایه فقیه و فقه الدوله الاسلامیه. قم: نشر فکر.
منتظری، حسینعلی (۱۴۰۹ق). مبانی فقهی حکومت اسلامی. قم: کیهان.

موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۳۸۱). تفصیل الشریعه - الخمس و الأنفال. قم: مرکز فقه
الائمه.

موسوی خلخالی، سید محمد (۱۴۲۷ق). فقه الشیعه «کتاب الخمس و الأنفال». قم: دارالبشیر.

مؤمن سبزواری، محمدباقر (بی تا). کفایه الأحکام. اصفهان: مهدوی.

نراقی، احمد (۱۴۰۵ق). مستند الشیعه فی احکام الشریعه. قم: منشورات کتابخانه آیت الله
مرعشی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۴۲۵ق). کتاب الخمس. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه
اسلامی.

همدانی، آقا رضا (۱۴۱۶ق). مصباح الفقیه. قم: مؤسسه الجعفریه.

هنری، امیر (۱۳۸۹). مالکیت زمانی در قوانین موضوعه ایران. تهران: انتشارات جنگل، جاودانه.

بررسی فقهی حقوقی رابطه بانک، مشتری و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات؛ چالش‌ها و راهکارها

یاسر مرادی*

سید امیر حسین سیدی**

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۳/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۰۶

نوع مقاله: پژوهشی

چکیده

کشورهای مختلف، پس از پی بردن به ضرورت عدالت بین‌نسلی، برای تحقق آن و بهره‌وری نسل‌های بعدی از ثروت‌های ملی، راهکارهایی نظیر تأسیس صندوق‌های توسعه‌ای را دنبال کرده‌اند. این صندوق‌ها معمولاً از دو طریق اعطای تسهیلات یا سرمایه‌گذاری مستقیم در طرح‌های توسعه‌ای، اهداف بلندمدتی مثل تبدیل منابع ملی به ثروت‌های ماندگار با بازده فزاینده را دنبال می‌کنند. صندوق توسعه ملی در ایران، عمدتاً در قالب اعطای تسهیلات از طریق انعقاد قرارداد عاملیت با بانک‌ها فعالیت می‌کند که این امر همواره چالش‌های مهمی به‌ویژه در خصوص وصول مطالبات منابع اعطایی را به دنبال داشته است. با اینکه قرارداد عاملیت صندوق توسعه ملی با بانک‌ها، در قالب قراردادهای الحاقی و سخت‌گیرانه منعقد می‌شود و صندوق سعی نموده در قالب شروط ضمن عقد، ریسک بازگشت منابع خود را به حداقل میزان ممکن برساند، لکن کماکان در وصول مطالبات دچار مشکلات جدی است.

نوشتار حاضر سعی دارد از رهیافت بررسی «ماهیت رابطه میان مشتری، بانک و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات و آثار آن» با رویکرد توصیفی تحلیلی، ضمن تشریح فرایند اعطای تسهیلات و تبیین ابهام حقوقی آن به‌ویژه در رابطه سه‌جانبه یاد شده، اثبات نماید معضلات فعلی صندوق توسعه ملی، ناشی از ماهیت ناصواب رابطه مذکور بوده و قراردادهای فعلی نمی‌تواند ریسک‌های قراردادی تسهیلات را مورد پوشش قرار دهد. در پایان نیز پیشنهادات مشخصی مثل انعقاد قراردادهای سپرده‌گذاری به‌جای عاملیت در برخی موارد، استفاده از سازوکار بازار سرمایه، اصلاح شروط ضمن عقد قرارداد عاملیت، جایگزینی عقود مبادله‌ای به‌ویژه استصناع به‌جای عقود مشارکتی و نهایتاً رعایت الزامات مدیریت ریسک اعتباری برای بهبود وضعیت کنونی ارائه شده تا با یاری آن‌ها بتوان وضعیت نامناسب فعلی را سامان بخشید.

واژگان کلیدی: تسهیلات، صندوق توسعه ملی، قرارداد بانکی، قرارداد عاملیت، وصول مطالبات.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران. Yaser110us@gmail.com

** دانشجوی دکتری حقوق عمومی، گروه حقوق عمومی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام

صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول). Sa.seyedi@isu.ac.ir



مقدمه

بیش از ۵۰ سال است که کشورهایی با درآمد مازاد ناشی از منابع طبیعی، به منظور استفاده بهینه از این درآمدها، به تأسیس صندوق‌های ثروت ملی روی آورده‌اند (لاجوردی و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۹۲). امروزه اعتراف به اینکه منابع و ثروت‌های ملی یک کشور، تنها متعلق به نسل‌های فعلی نیست، در میان عموم جوامع، امری پذیرفته شده است. کشورهایی که دارای منابع غنی طبیعی و معدنی هستند، معمولاً به درآمد ناشی از این منابع وابسته می‌شوند. در نتیجه، با افزایش قیمت آنها، هزینه‌ها را چنان تنظیم می‌کنند که در زمان کاهش قیمت آن منبع و مآلاً کاهش درآمدها، ناتوان از مدیریت اوضاع می‌شوند، لذا درآمدهای سرشار نفت و گاز در کشورهای مختلف، نه تنها باعث توسعه نشد، بلکه آن کشورها را استعمارزده و عقب‌مانده باقی گذاشت. برای جلوگیری از این وضعیت، هر کشوری به مقتضای منابع خدادادی خود، سعی می‌کند با روش‌های مختلف، بخشی از عایدی ناشی از این منابع را در قالب سرمایه‌گذاری برای نسل‌های بعدی ذخیره نماید.

به بیان دیگر به‌زعم حکومت‌ها، صندوق‌های ثروت ملی، مانع از وقوع بیماری هلندی^۱ و وابستگی بیش از حد دولت‌ها به منابع طبیعی می‌شوند؛ چراکه با ممانعت از دست‌اندازی حکومت‌ها به این منابع، در واقع مانع اصلی رشد بی‌منطق هزینه‌های دولت هستند. به‌علاوه از وابستگی دولت‌ها به نفت و گاز کاسته و آنها را به سمت تأمین مالی از طریق اخذ مالیات و بودجه‌ریزی بهینه، هدایت می‌کنند (خضری، ۱۳۸۸، صص. ۷۰-۷۳). در راستای ایجاد ثبات در میزان درآمدهای ارزی و ریالی حاصل از صدور نفت خام، طی ماده ۶۰ قانون برنامه سوم توسعه، دولت مکلف به تشکیل حساب ذخیره ارزی شد و تبعاً ایران نیز از سال ۱۳۷۹، با تأسیس حساب ذخیره ارزی، این راهبرد مهم را دنبال می‌کند (خضری، ۱۳۸۸، ۷۸-۷۷). بند «ب» ماده ۶۰ قانون مذکور، اجازه برداشت دولت از این حساب را صادر کرده بود لذا در میان سال‌های ۱۳۷۹ لغایت ۱۳۸۹، این حساب به‌عنوان فلک بی‌نظمی‌های مالی دولت عمل می‌کرد^۲ تا اینکه پس از شوک نفتی دهه ۸۰، طی سیاست‌های کلی برنامه پنجم توسعه، تصمیم جدی برای تغییر نگاه به نفت و گاز از منبع تأمین بودجه عمومی کشور به منابع و سرمایه‌های زاینده

اقتصادی گرفته شد و روش «ارائه تسهیلات از منابع صندوق توسعه ملی به بخش‌های خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی با هدف تولید و توسعه سرمایه‌گذاری در داخل و خارج کشور با در نظر گرفتن شرایط رقابتی و بازدهی مناسب اقتصادی» به‌عنوان روش تخصیص منابع توصیه شد.

اولین گام در راستای تحقق سیاست‌های مذکور، الزام دولت به واریز حداقل بیست درصد درآمد حاصل از صادرات نفت، گاز و فرآورده‌های نفتی به صندوق توسعه ملی وفق بند ۱۲ قانون بودجه سال ۱۳۸۹ بود. به موجب همان ماده، دولت مکلف به تشکیل صندوق توسعه ملی شد. سپس با تصویب ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه مصوب ۱۳۹۰، صندوق توسعه ملی جایگاه قانونی محکم‌تری پیدا کرد و با پذیرش خط قرمزهایی در عملکرد، واریز و برداشت، توانست تا حدی به جایگاه واقعی خویش بازگردد. ماده ۸۴ قانون مذکور که در مقام بیان اهداف و نحوه عملکرد صندوق توسعه ملی برآمده بود، در ماده ۱۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۶ نیز تکرار و به حکمی دائمی تبدیل شد. مطابق این مواد هدف از تأسیس این صندوق، «تبدیل بخشی از عواید ناشی از فروش نفت و گاز و میعانات گازی و فرآورده‌های نفتی به ثروت‌های ماندگار، مولد و سرمایه‌های زاینده اقتصادی و نیز حفظ سهم نسلی آینده از منابع نفت و گاز و فرآورده‌های نفتی» ذکر شده است.

رهبر انقلاب طی سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه، ضمن تأکید بر استقلال مدیریت حساب‌های صندوق از بانک مرکزی و استقلال مصارف صندوق از تکالیف بودجه‌ای و قوانین عادی، تکلیف دولت را از واریز ۲۰ درصد عایدی به ۳۰ درصد عایدی افزایش داده و تأکید داشتند سالیانه حداقل دو واحد درصد به این رقم افزوده شود. مضافاً به دستور ایشان اساسنامه صندوق دائمی شد تا بتواند استقلال بیشتری در عملکرد از خود نشان دهد.

امروزه کسی با این نگاه که «منابع صندوق توسعه ملی، ثروت‌های ملی است که باید با مترقی‌ترین قوانین از آن حفاظت کرد»، مخالفتی ندارد، اما موانع حقوقی متعددی مثل ابهام در رابطه مالی صندوق و دولت، ابهام در نحوه حسابرسی و شفافیت و... در مسیر حفاظت از این منابع وجود دارد. یکی از این موانع، «ابهام ماهیت حقوقی رابطه این

صندوق با تسهیلات گیرندگان از منابع صندوق» است. صندوق توسعه ملی که راهبرد اعطای تسهیلات را به جهت حفظ ارزش دارایی‌های صندوق پذیرفته است، به دلیل فقدان ماهیت بانکی، امکان اعطای مستقیم تسهیلات را هم ندارد؛ لذا طی قراردادی عاملیت (نماینده‌گی) در اعطای تسهیلات را به بانک‌ها واگذار می‌کند. مضافاً چون صندوق تمایل به پذیرش هیچ‌یک از ریسک‌های قراردادی نیست، متن قرارداد فی‌مابین مشتری و بانک را هم به صورت الحاقی تعیین می‌کند، درحالی‌که قرارداد پیشنهادی اساساً فاقد ظرفیت کارکردی مورد انتظار است. بررسی این ابهام به جهت رابطه مستقیم با وصول مطالبات صندوق توسعه ملی، از اهمیت بسیار ویژه‌ای برخوردار است؛ چراکه عمده موانع وصول مطالبات صندوق از تسهیلات گیرندگان، از این ابهام نشئت می‌گیرد. بنابراین سؤال این مقاله عبارت است از اینکه «ماهیت رابطه میان مشتری، بانک و صندوق توسعه ملی در اعطای تسهیلات چه کیفیتی دارد و راهکارهای اصلاحی آن چیست؟» و اینکه قرارداد عاملیت به چه میزان کارآمد بوده و نقش آن در میزان قابل توجه منابع اعطایی وصول نشده صندوق چیست؟ به جهت پاسخ به این سؤال در ابتدا ماهیت قراردادهای صندوق توسعه ملی و ابهامات حقوقی آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت. سپس با بررسی آثار این ابهامات در فرایند وصول مطالبات، راهکارهایی جهت مرتفع کردن ابهامات موصوف، ارائه خواهد شد.

موضوع پژوهش حاضر تاکنون در هیچ کتاب و یا مقاله‌ای بدین شکل مورد واکاوی قرار نگرفته است اما مبانی بحث از جمله ماهیت صندوق توسعه ملی، جزئیات عقود مبادله‌ای و مشارکتی و... در کتب و مقالات متعدد به بحث گذاشته شده است که در این پژوهش نیز از آنها بهره برده‌ایم. در این زمینه صرفاً مقاله «بررسی نقش صندوق توسعه ملی در تحقق عدالت اقتصادی» در دوفصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی رویت شد که در مکان مقتضی به تحلیل آن پرداخته‌ایم (لاجوردی و دیگران، ۱۳۹۴، ص. ۱۲۲).

۱. تبیین ماهیت قراردادهای صندوق توسعه ملی

درحال حاضر صندوق توسعه ملی، با استناد به جزء (۳) بند (د) و تبصره (۳) بند (ط) ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه در چارچوب «قرارداد عاملیت پرداخت تسهیلات

ارزی»، نسبت به اعطای عاملیت پرداخت تسهیلات ارزی به بانک‌های عامل اقدام می‌کند. بانک‌های عامل پس از اخذ عاملیت صندوق می‌توانند نسبت به پذیرش، ارزیابی، تصویب و اعطای تسهیلات در قالب عقود اسلامی به متقاضیان اقدام کرده تا ایشان با استفاده از منابع ارزی صندوق توسعه ملی، برای اجرای طرح‌ها و فعالیت‌های دارای توجیه در بخش‌های خصوصی، تعاونی و بنگاه‌های وابسته به مؤسسات عمومی غیردولتی اقدام و با دریافت درخواست‌های مشتریان، اقدامات لازم در راستای اعطای تسهیلات را آغاز کنند. در صورتی که بانک عامل، صحت مدعیات مشتری را تأیید و مدارک او را جهت اخذ تأییدیه، به صندوق توسعه ملی ارسال کند، صندوق مکلف است مدارک ارسالی را بررسی و نتیجه را به بانک عامل اعلام کند. در صورتی که مدارک ارسال شده توسط صندوق تأیید شود، بانک عامل ضمن انعقاد قرارداد با مشتری و اخذ تعهدنامه‌های لازم من جمله تعهدنامه مربوط به نوسانات نرخ ارز، مجدداً مدارک را به صندوق ارسال می‌نماید. پس از پذیرش مجدد اطلاعات توسط صندوق، پرداخت تسهیلات توسط بانک عامل صورت می‌پذیرد.

در پی بیان فرایند اعطای تسهیلات، اولین سؤال این است که «آیا رابطه حقوقی بین صندوق توسعه ملی و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده، رابطه‌ای قراردادی و مستند به قانون عملیات بانکی بدون رباست یا قالب دیگری حکم فرماست؟» به تعبیری، آنچه در این میان مبرهن است، عامل بودن بانک به نیابت از صندوق در انجام عمل اعتباری است لکن نسبت صندوق و مشتری، همچنان مجهول بوده و مشخص نیست که تسهیلات‌دهنده، بانک است یا صندوق و عمل حقوقی در فرض عاملیت بانک نسبت به صندوق، چه ماهیتی خواهد داشت؟ از طرفی با عنایت به تعریف عملیات بانکی در قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی و اطلاق عنوان تسهیلات بر این عمل، می‌توان قاطعانه نظر دوم را مردود اعلام کرده و بر ضرورت انطباق ضوابط تسهیلاتی صندوق با قانون عملیات بانکی بدون تأکید کرد؛ اگر قائل به نظر اول هم باشیم، در واقع اعطای تسهیلات بر مبنای قانون عملیات بانکی بدون ربا صرفاً باید در قالب عقود معین تصریح شده در این قانون صورت گیرد لذا این تسهیلات عاملیتی در قالب عقود مشارکتی یا مبادله‌ای صورت خواهد پذیرفت که این امر مشکلاتی را پدید خواهد آورد

که در ادامه به تبیین آنها خواهیم پرداخت.

۱-۱. تبیین ماهیت قرارداد عاملیت بانک در قالب عقود مشارکتی

وفق ماده ۵۷۱ قانون مدنی، عقد شرکت، عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه» و طبق ماده ۵۷۵، «هریک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد». لذا مشاهده می‌شود که یکی از مبانی عقود مشارکتی، تقسیم سودوزیان است. در خصوص عقود بانکی نیز این قاعده جاری است، یعنی طرفین عقد تسهیلات مشارکتی، نرخ سود مندرج در قرارداد را به‌عنوان نرخ سود انتظاری می‌پذیرند و چنانچه یکی از طرفین قرارداد نسبت به سود محقق شده، معترض باشد، می‌تواند با رجوع به محاکم دادگستری، تظلم‌خواهی نماید. حال باید پرسید آیا قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی در قالب عقود مشارکتی قابل تبیین است یا خیر؟

همان‌گونه که سابقاً گفته شد قانونگذار و صندوق سعی می‌کنند تا حد امکان ریسک‌های قراردادی را کاهش دهند، لذا مشاهده می‌شود که بر اساس بند ۱ ماده ۶ قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها که عیناً از شق سوم بند «د» ماده ۱۶ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه‌ای کشور اخذ شده، صرف بررسی و تأیید توجیه طرح‌های متقاضیان استفاده از تسهیلات، به‌مثابه تضمین بانک در بازپرداخت اصل و سود، وجه‌التزام و کلیه خسارات قانونی تسهیلات به صندوق است؛ درعین حال بند ۲ ماده ۶ تصریح دارد که «بانک عامل کلیه ریسک‌های اعطای تسهیلات را تقبل کرده و بازپرداخت اصل، سود و وجه‌التزام تسهیلات و کلیه خسارات به صندوق را در سررسید مقرر تضمین می‌نماید». یعنی بانک عامل به غیر از وکالت از صندوق توسعه ملی، ضمانت تسهیلات‌گیرنده را نیز پذیرفته و عملاً صندوق حائز به پذیرش هیچ‌گونه ریسکی نبوده و شرط عدم مسئولیت برای خود در قرارداد درج نموده است که با توجه به نکات ذیل، واجد اشکالات فقهی و حقوقی است:

۱- عدم انطباق عقد و قصد: به دلیل ماهیت صندوق، تطابق عقد مشارکت و قصد صندوق و تسهیلات‌گیرنده در قرارداد قابل احراز نیست^۳، چراکه اساساً قصد صندوق توسعه ملی در این فرایند، نمی‌تواند مشارکت باشد. صندوق با توجه به ماهیت

بین‌نسلی و تهدیداتی که از ناحیه کسری بودجه دولت وجود دارد، سعی می‌کند با استفاده از ابزار اعطای تسهیلات، تا حد امکان از ریسک در سرمایه‌گذاری پرهیز نماید؛ درحالی‌که هر مشارکتی ممکن است سود یا زیان فراوانی در پی داشته باشد.

در چنین حالتی، تطابق عقد و قصد به شدت مورد ابهام بوده و قابل احراز نیست، چراکه ریسک‌گریزی صندوق، مانع از ورود واقعی او به مشارکت است. عدم تطابق عقد و قصد در حالی است که قاعده «العقود تابعه للقصود» به‌عنوان اولین قاعده از قواعد کلی قراردادها مورد پذیرش است. حال هر قدر هم صندوق در قراردادهای عاملیت و تسهیلات، شروط یک طرفه وضع نماید، مصلح قصد نیست. مثال واضح دیگری از همین استدلال، قراردادهای بانکی است که «در واقع چون هیچ‌یک از طرفین قصد واقعی عقد شرکت ندارند، با وضع شروط متعدد ضمن عقد سعی در تحمیل شروط مدنظر خود بر طرف مقابل هستند» (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴، ص. ۶۷).

۲- عدم مزج آورده طرفین: همان‌گونه که از تعریف عقد شرکت و ماده ۵۷۱ قانون مدنی برمی‌آید، ذات مقتضای عقد شرکت، مزج قهری اموال طرفین است که در مواد مختلفی از قرارداد الحاقی مشارکت مدنی، ابلاغ شده از سوی بانک مرکزی نیز مشاهده می‌شود. این در حالی است که مطالعه موردی ده‌ها قرارداد تسهیلاتی صندوق توسعه ملی و قرارداد عاملیت صندوق و بانک، حاکی از عدم رعایت این شرط است، به نحوی که مبلغ تسهیلات نقداً به حساب تسهیلات‌گیرنده واریز شده و هیچ حساب مشترکی تشکیل نمی‌شود.

۳- نحوه تقسیم سود: در صورتی که ماهیت عقود تسهیلاتی صندوق را مشارکت دانسته و تسهیلات‌گیرنده با سود مواجه شود، باید سود قراردادی را حاصل شده فرض کرد و بانک عامل مکلف است در پایان دوران اعطای تسهیلات، سود متعلقه را، پس از کسر کارمزد به حساب صندوق تودیع کند. این در حالی است که اگر سودی، بیشتر از سود قراردادی حاصل شده باشد، چون اموال صندوق، جزو اموال عمومی (بیت‌المال) است، قابل بخشش نبوده و باید به‌صورت کامل به صندوق تودیع شود. به‌بیان‌دیگر، بخشش سود ناشی از عقد، نوعاً تزییع اموال عمومی محسوب می‌شود. در این خصوص باید توجه داشت که عدم پذیرش ریسک و مقطوع اعلام کردن نرخ سود و

وجه التزام قراردادهای تسهیلاتی، در عقود مبادله‌ای امکان‌پذیر است، اما در تسهیلات مشارکتی که بخش عمده‌ای از تسهیلات صندوق را دربرمی‌گیرد، مطابقت چنین شرطی با ذات عقد شرکت که طبق ماده ۵۷۵ قانون مدنی، یکی از مبانی ماهیتی آن تقسیم سود و زیان بر مبنای سود واقعی است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۱۸)، آن هم به صورت تحمیلی، کمی دشوار به نظر می‌رسد.

۴- نحوه پذیرش زیان و تضمین اصل سرمایه: قراردادهای عاملیت، بانک عامل را در قالب شرط ضمن عقد مکلف می‌نماید در صورت عدم تحقق سود مورد انتظار یا تلف بخشی از اصل تسهیلات، مبلغ تلف شده یا محقق نشده را از اموال خود به صندوق پرداخت نماید. وقتی سودی کمتر از سود قراردادی عاید تسهیلات‌گیرنده شود، بانک عامل مکلف به جبران خسارت است.

دکتر امامی چنین استناد می‌کند که چون هر یک از شرکا به نسبت سهم‌الشرکه به صورت مشاع در مال شریک است و نمائات تابع اصل مال است، هر چه از منافع یا زیان حاصل شود، همگی شریک هستند (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۲۰۹) و به‌زعم برخی فقها، اگر تضمین اصل و سود به معنای مطلق آن باشد - یعنی چه حاصل بشود و چه حاصل نشود - از حیل ربا و بلکه خود ربا محسوب می‌شود (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶، ص. ۱۲). به عبارت دیگر چون در عقد شرکت امتزاج حاصل می‌شود، اصل ضرر و سود - فارغ از میزان آن - منتسب به طرفین است و سلب مسئولیت از کلیت ضرر در قالب عقد شرکت، خلاف ذات مقتضای آن تلقی می‌شود چراکه جزء جزء ضرر، به جزء جزء مال وارد شده و تفکیک آن ممکن نیست. اما راه حل این مشکل که توسط برخی فقها و حقوق‌دانان پذیرفته شده، استفاده از قالب ضمان مضارب در ماده ۵۵۸ قانون مدنی و انعقاد عقد خارج لازم است (صفار، ۱۳۷۷، ص. ۱۴). در خصوص عقد مضاربه نیز اوضاع مشابه عقد مشارکت است و در صورتی که به‌عنوان شرط ضمن عقد درج شده باشد، از این رو که ید امانی^۵ را به ید ضمانی تبدیل می‌کند، طبق اجماع فقها، شرط باطل و مبطل محسوب می‌شود (علوی رضوی، ۱۳۸۸، صص. ۱۷۰-۱۷۱)، لذا به نظر می‌رسد صندوق نمی‌تواند از شرط ضمن عقد به‌عنوان شرط الزام‌آور جهت پوشش ریسک‌ها استفاده کند و ناگزیر، باید از عقد خارج لازم بهره بگیرد در حالی

قراردادهای فعلی از رعایت این نکته بازمانده‌اند.

۵- ریسک طرح دعوا: می‌توان حدس زد که عقود مشارکتی عمدتاً دچار ریسک عدم تحقق سود و طرح دعوا در محاکم دادگستری هستند. برخی از مشتریانی که با استفاده از این عقود تسهیلات بانکی دریافت می‌کنند، با طرح دعوی ورشکستگی یا دعوای ابطال شرط نرخ سود یا ابطال عقد، شوک زیادی به منابع بانک وارد می‌کنند.

با این تفاسیر، صندوق توسعه ملی نیز، در صورت عدم اصلاح روابط قراردادی، باید انتظار چالش‌های بسیار بزرگی را داشته باشد چراکه ریسک مزبور، منابع صندوق را به لحاظ پرداخت هزینه‌های دادرسی و وصول مطالبات، شدیداً مورد تهدید قرار خواهد داد. به عبارت دیگر با توجه به علی‌الحساب بودن سود مشارکت در عقود مشارکتی، تسهیلات گیرندگان نسبت به بازپرداخت تسهیلات، نکول می‌کنند. از طرفی صندوق توسعه ملی نیز طبق قرارداد عاملیت وظیفه وصول مطالبات را بر عهده خود بانک گذاشته است و امکان وصول از اموال بانک را برای خود تدارک دیده است؛ درحالی‌که صندوق هیچ‌گاه از این ظرفیت قانونی استفاده ننموده است.

۶- ریسک نوسانات نرخ ارز: آخرین نکته در خصوص امکان تبیین قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی در قالب مشارکت مدنی، بررسی ریسک نوسانات نرخ ارز است. با توجه به اساسنامه صندوق توسعه ملی، تسهیلات صندوق الزاماً باید به صورت ارزی تودیع شود و بانک‌ها در این راستا علاوه بر احراز ارزآور بودن طرح مربوطه، نسبت به اخذ تعهدنامه‌های متعددی چون تعهدنامه پذیرش نوسانات نرخ ارز اقدام می‌کنند چراکه شوک‌های تحریمی در کشور ما، معمولاً منجر به افزایش نرخ ارز شده و معضلات جدی برای صنایع ارزی به وجود می‌آورد. در نتیجه افزایش نرخ ارز، عامل شناسایی مضاعف سود یا زیان موهومی شده و ضربه دیگری بر پیکر بی‌جان مشارکت مدنی بانکی، وارد می‌کند. هر چند باید توجه داشت که چون سهم‌الشرکه طرفین به صورت ارزی تأمین می‌شود، ضرورت تودیع آن به صورت قراردادی و ارزی به لحاظ فقهی و حقوقی، بلامانع است اما عملاً تسهیلات گیرندگان از بازپرداخت ارزی متابع اعطایی بازمانده و اصرار بر بازپرداخت ارزی به‌ویژه در طرح‌های مشارکتی که درآمد ارزی ندارند، باعث نکول شدن تسهیلات می‌شود.

در وضعیتی که عمده قراردادهای صندوق توسعه ملی در قالب مشارکت منعقد می‌شود، در نظر گرفتن ملاحظات فوق، ضرورت بازاندیشی در ماهیت عقود تسهیلاتی صندوق را بر همگان روشن می‌کند و نشان می‌دهد که بانک‌ها و صندوق توسعه ملی اساساً فاقد امکان بهره‌برداری از عقود مشارکتی بوده (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، صص. ۶۱-۶۲) و باید به جای وضع شرط عدم مسئولیت که دارای اوصاف غیرمنصفانه نیز هست، یا از ظرفیت قرارداد مشارکت حقوقی توسط مؤسسات فنی و تخصصی جهت مشارکت بهره ببرند و یا از عقود مبادله‌ای استفاده نمایند (کریمی و مرادی، ۱۳۹۶، ص. ۱۵۴).

۲-۱. تبیین ماهیت قرارداد عاملیت بانک در قالب عقود مبادله‌ای

هر چند قانون عملیات بانکی بدون ربا، تقسیم‌بندی خاصی از عقود بانکی ارائه نکرده است، اما عمده پژوهشگران این عقود را به دو دسته مشارکتی و مبادله‌ای (یا به عبارت دقیق‌تر عقود غیرمشارکتی) تقسیم می‌کنند. پژوهشگران، مهم‌ترین وجه تمایز عقود مبادله‌ای نسبت به عقود مشارکتی را ثابت یا متغیر بودن نرخ سود عنوان کرده‌اند (دادگر و توحید فیروزان، ۱۳۹۱، ص. ۸۰). عقود مبادله‌ای با توجه به این مزیت، فاقد برخی اشکالات عقود مشارکتی هستند و فرایند موجود در انعقاد قرارداد عاملیت بین صندوق و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده در قالب قانون عملیات بانکی بدون ربا، با عقود مبادله‌ای سازگارتر است.

در فرض پذیرش عقود مبادله‌ای، صندوق توسعه ملی با اعطای وکالت به بانک عامل و پذیرش ضمانت بانک عامل، به تسهیلات‌گیرنده وکالت می‌دهد تا از طرف او کالا یا خدمتی را نقداً خریداری کرده و به صورت قسطی به او واگذار کند. در چنین حالتی، علی‌رغم اینکه مشکلات ذکر شده در خصوص مشارکت مدنی، مرتفع می‌شود، با توجه به محدودیت‌های قانون عملیات بانکی بدون ربا و آیین‌نامه‌های بانکی، چالش‌های جدی در صورت عدم استفاده صحیح از عقود مناسب، همچنان جدی است (روحانی و بنی‌طبا، ۱۳۹۶، صص. ۱۰۰-۱۰۲). لذا باید به این پرسش نیز پاسخ داد که استفاده از کدام عقود با قصد صندوق توسعه ملی نزدیک‌تر و دارای ریسک کمتری است.

۱-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد سلف در تخصیص منابع صندوق

قرارداد بیع سلف، از قراردادهای مهم بانکی در تخصیص منابع تجهیزشده، در راستای تولید است. مطابق ماده ۱۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا موضوع معامله سلف در عملیات بانکی، پیش خرید نقدی محصولات تولیدی (کشاورزی و صنعتی) توسط بانک به قیمت معین می‌باشد. زمانی که تولیدکننده در جریان تولید کالا و یا فرآورده‌ها دچار کمبود منابع مالی در تأمین قسمتی از سرمایه در گردش مورد نیاز خود شود، می‌تواند از طریق پیش فروش قسمتی از تولید، مشکل مالی خود را برطرف نماید.

سلف، نوعی بیع است که در آن ثمن پرداخت می‌شود و قبض مبیع به آینده موکول می‌گردد (شهید ثانی، ۱۳۸۶، ج ۳، ص. ۴۰۲). بیع سلف علاوه بر ضوابط عمومی حاکم بر عقد بیع، ضوابط دیگری نیز دارد مثلاً به اتفاق نظر فقهای شیعه جایز و مشروع است (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۴، ص. ۲۶۸) و پرداخت فی المجلس ثمن، از مقتضیات آن محسوب می‌شود (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۴، صص. ۲۸۹-۲۹۵). نکته آخر درباره ماهیت بیع سلف، این است که فروختن کالا پیش از رسیدن موعد تحویل، از نگاه برخی از فقها، محکوم به عدم صحت است (حلی، ۱۴۱۴ق، ص. ۳۵۹) لکن عده‌ای دیگر، معتقد به صحت آن هستند و دلایل گروه قبل را مردود می‌دانند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸، صص. ۴۵-۴۶). در مقام بررسی صحت فروش کالای تحویل نشده پس از رسیدن موعد نیز، عده‌ای صحت بیع آن به فروشنده را تأیید و فروش آن به دیگری را غیرجایز شمرده‌اند (تبریزی، ۱۴۲۷ق، ص. ۲۳۴). که در مواد ۴۲ و ۴۳ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا بر آن تأکید شده است.

با توجه به تعریف و مقتضیات عقد سلف، در خصوص بهره‌برداری از عقد سلف در تخصیص اعتبار، نکات ذیل حائز اهمیت است:

۱- مفهوم ماده ۴۲ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، حکایت از جواز تحویل کالا به تسهیلات دهنده دارد؛ درحالی‌که هیچ‌یک از بانک عامل و صندوق توسعه ملی امکان دریافت کالا از مشتری را ندارند.

۲- تسهیلات پرداختی از محل صندوق توسعه ملی، باید به ارز تودیع شوند درحالی‌که عقد سلف، ظرفیت اعاده کالا به جای پول را به‌عنوان مقتضای عقد

پذیرفته است.

۳- تسهیلات سلف به صورت حداکثر یک‌ساله پرداخت می‌شود درحالی‌که اجرا و درآمدزایی طرح‌های توسعه‌ای، معمولاً چندین سال به طول می‌انجامد.

۴- نوسانات قیمت کالای موضوع قرارداد سلف به‌ویژه در مواردی که تسهیلات صندوق به صورت ارزی پرداخت می‌شود، باعث می‌شود بدون در نظر گرفتن ظرفیت‌هایی مثل «قراردادهای آپشن»، عملاً چنین قالبی برای قراردادهای صندوق را منتفی نماید.

بنابر نکات فوق‌الذکر، صندوق توسعه ملی امکان پذیرش ریسک‌های این عقد را در تخصیص منابع ندارد.

۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد خرید دین در تخصیص منابع صندوق

عقد خرید دین نیز از جمله عقود است که تا صدور بخشنامه شماره ۹۰/۱۴۱۶۹۶ مورخ ۱۳۹۰/۰۶/۲۰، به شکل یک عقد مستقل در قانون عملیات بانکی بدون ربا مطرح نبوده است. براساس عقد خرید دین، بانک یا مؤسسه اعتباری به‌عنوان شخص ثالث، می‌تواند دین مدت‌دار بدهکار را به کمتر از مبلغ اسمی آن به صورت نقدی از دائن خریداری نموده و بدین ترتیب موجبات رفع مشکلات نقدینگی این واحدها را فراهم نماید. اما مهم‌ترین چالش اجرایی عقد خرید دین که در مواد ۳ الی ۵ دستورالعمل اجرایی آن نیز مورد تأکید قرار گرفته است، اطمینان خاطر از صوری نبودن دین است درحالی‌که:

۱- صندوق توسعه ملی فی‌الذمه هیچ دخالتی در اخذ تضامین از فروشنده دین نداشته و از سوی دیگر بانک نیز با توجه به حساسیت و مبلغ بالای تسهیلات صندوق توسعه ملی، سازوکار اطمینان‌بخشی برای اثبات یقینی صوری نبودن سند دین ندارد.

۲- درعین حال ریسک نکول چک که تنها سند تجاری مورد تأیید برای تسهیلات خرید دین است، در محاسبات بانکی بالا در نظر گرفته می‌شود که عملاً ریسک اعتباری بانک را تا حد زیادی افزایش می‌دهد.

۳- همچنین خرید دین طبق ماده ۶ دستورالعمل، قراردادی کمتر از یک‌ساله است درحالی‌که طرح‌های توسعه‌ای معمولاً زمان زیادی برای تأسیس تا سودآوری نیاز دارند. بنابراین اقتضای جمیع جهات، عدم مطلوبیت عقد خرید دین است.

۳-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد جعاله در تخصیص منابع صندوق

بر اساس مواد ۶۶ و ۶۷ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، جعاله عبارت است از التزام شخص «جاعل» یا «کارفرما» به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین، طبق قرارداد. طرفی که عمل را انجام می‌دهد، «عامل» یا «پیمان‌کار» نامیده می‌شود و طبق دستورالعمل اجرایی قرارداد جعاله بانکی، بانک می‌تواند عامل یا جاعل باشد. کارکرد عقد جعاله، در دو دسته شمرده شده است:

۱- **اعتبارات اسنادی:** «در قرارداد جعاله اعتبارات اسنادی، مشتری جاعل و بانک عامل محسوب می‌شود. طبق ماده ۱ این قرارداد، جاعل با امضای فرم گشایش اعتبار اسنادی از بانک درخواست می‌کند که با دریافت اسناد حمل مبلغ معینی را در وجه ذی‌نفع اعتبار پرداخت و اسناد حمل دریافتی را تسلیم جاعل نماید» (افشار و موسوی، ۱۳۹۷، صص. ۴۵-۴۶). با توجه به ماده ۶۸ آیین‌نامه اجرایی فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، در مواردی که بانک، رأساً عملیات مورد نظر را صورت دهد، مکلف بر نظارت بر نحوه مصرف نیز می‌باشد. با عنایت به اینکه جعاله اعتبارات اسنادی، معمولاً برای ال سی و یا حواله واردکنندگان استفاده می‌شود، تقریباً پرکاربردترین عقد برای واردکنندگان محسوب می‌شود. با توجه به این مقدمه:

■ تسهیلات صندوق توسعه ملی که عمدتاً به صورت ارزی پرداخت می‌شود، برای واردات ماشین‌آلات و دستگاه‌ها و مواد اولیه طرح‌های توسعه‌محور و تولیدی قابل استفاده است.

■ قرارداد جعاله اعتبارات اسنادی، محدودیت زمانی نداشته و امکان استفاده بلندمدت از آن وجود دارد.

■ نظارت بانک عامل و گمرک، بر واردات ماشین‌آلات و دستگاه‌ها حتمی است. لذا عقد جعاله، برای واردات قطعات و ماشین‌آلات طرح‌های توسعه‌ای با استفاده از تسهیلات صندوق توسعه ملی، به نسبت سایر عقود، عقدی مناسب تلقی می‌شود اما عموماً کاربرد جعاله بیشتر در مواردی است که بانک ارائه‌کننده خدمات است و نه اعطاکننده منابع لذا این محدودیت در این موارد وجود دارد.

۲- **جعاله اجرای طرح:** در این نوع جعاله، فردی که مایل به اجرای یک طرح مثل

تعمیرات ساختمان است، درخواست تسهیلات جعاله به بانک ارائه می‌کند. بانک به‌عنوان عامل اولیه، طی قرارداد وکالت به تسهیلات‌گیرنده اختیار پیدا کردن عامل دیگری را می‌دهد که از آن به‌عنوان جعاله ثانویه یاد می‌کنیم. در واقع بانک با اختیارات حاصل از ماده ۴ دستورالعمل اجرایی جعاله، انجام قسمتی از کار را به کسی دیگری من جمله تسهیلات‌گیرنده واگذار می‌کند. البته که به موجب این ماده، بانک نمی‌تواند انجام تمام کار را به دیگری واگذار نماید چراکه این کار با ماهیت جعاله اولیه منافات دارد. به‌علاوه بستن قرارداد جعاله صوری ممنوع و موجب بطلان جعاله است که در این فرض بانک حق دارد علاوه بر استرداد جعل، اجرت‌المثل کارهای انجام‌شده را دریافت نماید (رضایی و جمشیدی اوانکی، ۱۳۹۵، ص. ۷۶). با توجه به این مقدمه:

■ در بسیاری از موارد از این نوع جعاله، عمدتاً توافقی بین اراده طرفین وجود ندارد زیرا عمدتاً هدف فرد به‌دست آوردن نقدینگی و هدف بانک به‌دست آوردن چند درصد سود است (رئیزی، ۱۳۷۳، ص. ۲۴۱). لذا عمدتاً عقد و قصد تطابقی ندارند.

■ نظارت بر نحوه مصرف تسهیلات جعاله، با توجه به دستوری بودن نرخ سود و هزینه تجهیز منابع، برای بانک‌ها نامطلوب است و هزینه‌های بانک را زیاد می‌کند (صدر، ۱۳۵۸، ص. ۷۵). لذا بانک‌ها معمولاً بر نحوه مصرف جعاله نظارتی ننموده و امکان سوءاستفاده را به راحتی فراهم می‌نماید.

■ در قرارداد جعاله، عامل ثانویه، مالک جعل نگردیده و امکان دخل و تصرف در آن ندارد لذا نمی‌تواند از مبلغ تخصیص داده شده برای نیازهای فعلی خود بهره‌برد و عملاً بهره‌مندی از تسهیلات، به معنی فقدان امکان تصرف مالکانه در آن بوده و معضل تأمین مالی را از بین نمی‌برد.

بنابراین استفاده از عقد جعاله برای اجرای طرح‌های توسعه‌ای عقدی نامناسب است.

۴-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد اجاره به شرط تملیک در تخصیص منابع صندوق

ماده ۵۷ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقد اجاره به شرط تملیک را چنین معرفی می‌کند: «اجاره به شرط تملیک عقد اجاره‌ای است که در آن شرط شود مستأجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستأجره را مالک گردد». در چنین تسهیلاتی، بانک مال مورد نظر تسهیلات‌گیرنده

را خریداری کرده و به صورت اجاره به شرط تملیک به وی واگذار می‌کند. با توجه به این مقدمه:

- ۱- چون ملکیت وثیقه تسهیلات، در وهله اول به بانک عامل به نمایندگی از صندوق توسعه ملی منتقل می‌شود، ریسک‌های وصول مطالبات تا حد زیادی کاهش پیدا می‌کند.
- ۲- ضرورتی بر نظارت بر نحوه مصرف تسهیلات وجود ندارد و از این حیث، بانک نیز دچار مشکل نمی‌شود.
- ۳- امکان انعقاد بلندمدت عقد اجاره به شرط تملیک وجود دارد لذا برای تأسیس طرح‌های توسعه‌ای مناسب تلقی می‌گردد.

با توجه به موارد گفته شده، اجاره به شرط تملیک، یکی از مناسب‌ترین الگوهای اعطای تسهیلات از محل منابع صندوق توسعه ملی است اما از این ایراد مهم غافل شد که تملک واحدهای ملکی مذکور، بانک‌ها و یا صندوق توسعه ملی را به سوی بنگاه داری و مالکیت واحدهایی سوق می‌دهد و عملاً انجماد دارایی‌ها را به دنبال خواهد داشت.

۵-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد مرابحه در تخصیص منابع صندوق

عقد مرابحه از جمله عقود است که از سال ۱۳۹۰ در شبکه بانکی مورد استفاده قرار گرفته است. به موجب این عقد، بانک یا مؤسسه اعتباری به عنوان عرضه‌کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می‌رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را به صورت نقدی، نسبه دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی و یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی به فروش می‌رساند. بایع و فروشنده باید رأس‌المال و میزان سود را در زمان عقد بدانند و در صورت ندانستن موجبات بطلان عقد فراهم است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ص. ۳۱۷). همچنین در صورت اعلام ناصحیح قیمت، بانک می‌تواند تسهیلات را رد یا قبول نماید (خمینی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص. ۵۴۸). هر چند این عقد از توانمندی‌های بالایی، به خصوص در به‌کارگیری آن به شکل کارت‌های الکترونیکی اعتباری برخوردار است اما مشکل صدور فاکتورهای صوری، معضلاتی مشابه استفاده از عقد خرید دین را برای بانک عامل به وجود خواهد آورد؛ به عبارت دیگر کاربرد مرابحه بیشتر برای تسهیلات خرد بدون نیاز به نظارت به مصرف تسهیلات ارجح می‌باشد که از بحث مانحن فیه خروج موضوعی دارد.

۶-۲-۱. ارزیابی استفاده از عقد استصناع در تخصیص منابع صندوق

عقد استصناع که به موجب تکلیف مقرر در ماده (۹۸) قانون برنامه پنج‌ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران به قانون عملیات بانکی بدون ربا اضافه شد، عمدتاً به منظور ساخت (تولید، تبدیل و تغییر) اموال منقول و غیرمنقول با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین مورد استفاده قرار می‌گیرد. در خصوص ماهیت عقد استصناع هر چند مباحث طولانی مطرح است، اما می‌توان آن را مشمول اطلاق آیه «أوفوا بالعقود» دانست (نظرپور، ۱۳۸۴، ص. ۹۲). ظرفیت‌های عقد استصناع در وثیقه‌پذیری و نظارت و نحوه تخصیص اعتبار، مطلوبیت بسیار بالایی برای این عقد ایجاد می‌کند که عمده ایرادات عقود ذکر شده را ندارند، لکن ماده ۱۸ دستورالعمل اجرایی عقد استصناع حداکثر مهلت ۴ سال را برای این عقد در نظر گرفته که محدودیت زمانی ایجاد می‌کند. هر چند شبکه بانکی مواجهه مناسبی با این عقد نداشته است؛ این عقد با توجه به ماهیت بلندمدت تسهیلات صندوق به‌ویژه در حوزه طرح‌های ملی و همچنین ال‌سی داخلی، یکی از مناسب‌ترین عقود است.

۶-۲-۱. سرمایه‌گذاری از طریق بازار سرمایه با منابع صندوق توسعه ملی

با عنایت به مقدمات گفته‌شده، هر چند عقود مبادله‌ای نسبت به عقود مشارکتی ترجیح دارند، لکن سرمایه‌گذاری از طریق بازار سرمایه، از حیث حقوقی واجد اشکالات کمتری است؛ چراکه صندوق توسعه ملی در این صورت امکان سلب مسئولیت از خود را نداشته و باید با ورود تخصصی و اعتبارسنجی دقیق، رأساً نسبت به تأمین اعتبار اقدام کند. ممکن است چنین اشکال شود که بازار سرمایه ذاتاً بازاری ریسک‌محور با بازدهی بالا است و این امر با ذات صندوق توسعه ملی یعنی ریسک‌گریزی در تعارض است. در پاسخ باید یادآور شد تنوع سرمایه‌گذاری، مدیریت ریسک، تقسیم‌بندی منابع صندوق، ایجاد فرایند شفاف سرمایه‌گذاری و تصمیم‌سازی و... همگی ابزارهای خوبی برای مدیریت سرمایه صندوق توسعه ملی هستند، مشروط بر اینکه استفاده از منابع صندوق به‌عنوان بودجه ثانویه و دخالت مسئولین دولتی در تصمیمات و مصوبات صندوق به حداقل برسد (محمودی و دیگران، ۱۳۹۸، صص. ۹۱-۹۳).

۲. تبعات ماهیت مجهول قرارداد عاملیت صندوق توسعه ملی

وصول مطالبات، حلقه سوم از چرخه عملیات بانکداری و مهم‌ترین ثمره دقت در تخصیص منابع است. بانک‌ها و صندوق‌های اعطاکننده تسهیلات، مکلف هستند پیش از اعطای تسهیلات، به جهت جلوگیری از نکول در بازپرداخت تسهیلات، به‌عنوان اولین گام، طبق بخشنامه شماره ۹۰/۴۰۰۲۴ سال ۱۳۹۰ بانک مرکزی، به‌وسیله اعتبارسنجی و أخذ استعلام از پایگاه‌های اطلاعاتی شرکت رتبه‌بندی اعتباری ایرانیان، مانع از انتقال تسهیلات به طبقه غیرجاری شوند و به جهت حصول اطمینان از وصول طلب، از تسهیلات‌گیرندگان وثایق و تضامین کافی أخذ کنند تا در صورت استتکاف مشتری از بازپرداخت تسهیلات، بتوانند طلب خود را وصول کنند.

در خصوص صندوق توسعه ملی، همان‌طور که گفته شد بر اساس جزء ۳ بند «ی» ماده ۸۴ قانون برنامه پنجم توسعه و بند ۱ ماده ۶ قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها، صرف بررسی و تأیید توجیه طرح‌های متقاضیان استفاده از تسهیلات، به‌مثابه تضمین بانک در بازپرداخت اصل و سود، وجه‌التزام و کلیه خسارات قانونی تسهیلات به صندوق می‌باشد و عملاً صندوق این اختیار را دارد که از دارایی ضامن (بانک عامل)، به میزان مطالبات خود توقیف کرده و طی عملیات اجرایی، طلب خود را وصول کند که این امر قاعدتاً از ۳ طریق قابلیت انجام دارد:

۱- وصول مطالبات از طریق ادارات اجرای اسناد رسمی و لازم‌الاجرا یا محاکم

قضایی: پیگیری وصول مطالبات صندوق توسعه ملی از این طریق، فارغ از معضلات جدی و خاص خود من جمله مخاطرات ماده ۳۴ قانون ثبت، موانع مالیاتی متعدد و ورشکستگی (مرادی، ۱۳۹۸، صص. ۵۰-۶۰)، زیننده نظام بانکی کشور نیست چراکه باید صندوق به‌صورت علنی علیه بانک‌ها وارد اقدامات شبه قضایی شود؛ حتی در مواردی مانند ضوابط اجرایی بودجه هر ساله کشور و آیین‌نامه چگونگی رفع اختلاف بین دستگاه‌های اجرایی از طریق سازوکارهای داخلی قوه مجریه مصوب ۱۳۸۶/۱۲/۲۶ و بخشنامه‌های مرتبط با آن مثل بخشنامه شماره ۵۹۴۱۱/۱۱۰۹۰۷ مورخ ۱۴۰۰/۹/۲۱ معاون اول رئیس‌جمهور، به‌صراحت دستگاه‌های دولتی از طرح دعوی قضایی علیه یکدیگر منع شده‌اند؛ ضمن آنکه

طرح موضوعات ماهوی مانند عدم حصول سود در قراردادهای مشارکت، در محاکم قضایی می‌تواند ریسک‌های جدی برای وصول مطالبات صندوق در پی داشته باشد.

۲- وصول مطالبات از طریق عقد وکالت: دیگر شیوه وصول مطالبات صندوق، با توجه به تضمین مندرج در ماده ۶ قرارداد عاملیت، به‌ویژه وفق بند ۴ ماده ۶ قرارداد عاملیت، این است که بانک عامل به صندوق وکالت می‌دهد که در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات توسط مشتری، رأساً مطالبات خود را از سپرده‌های بانک عامل نزد بانک مرکزی، وصول کند. این شیوه نیز فارغ از اینکه تا چه میزان مستلزم مساعدت بانک مرکزی است، مشکلات جدی به شرح ذیل به دنبال دارد:

- اول آنکه در برخی موارد، قراردادهای عاملیت بسیار هنگفت بوده و بانک به اندازه مبلغ قرارداد عاملیت، نزد بانک مرکزی سپرده ندارد؛ به‌ویژه آنکه در شرایط فعلی بسیاری از بانک‌ها دچار اضافه برداشت از منابع بانک مرکزی نیز هستند و تسهیلات صندوق نیز باید به ارز تودیع شود.
- دوم آنکه اخذ مطالبات از محل سپرده‌ها، آن هم در این سطح، نیازمند نظارت بررسی دقیق و ماهیتی توسط مقامات تصمیم‌گیرنده بوده و به سهولت توسط هر مقامی، قابل انجام نیست.
- سومین دلیل مغایرت استفاده از شیوه وکالت برای وصول مطالبات با قاعده آمره، موضوع ماده ۳۴ قانون ثبت است که در بخشنامه ۹۲/۱۳۰۳۷۵ بانک مرکزی مورد اشاره قرار گرفته است. به عبارتی وصول مطالبات ناشی از اسناد رهنی و شرطی، تنها از طریق مندرج در ماده ۳۴ قانون ثبت به رسمیت شناخته شده و انجام این مهم از طریق وکالت، خلاف قواعد آمره تلقی شده است (مرادی، ۱۳۹۸، صص. ۵۴-۵۳). وحدت ملاک ناشی از بند «ب» ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و بخشنامه‌های ۹۱/۹۱۷۲۸ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۱ و ۹۴/۶۰۳۵۱ مورخ ۱۳۹۴/۳/۱۰ صادره از بانک مرکزی نیز همین تلقی را تأیید می‌نمایند.

۳- روش دیگری که برای وصول مطالبات صندوق توسعه ملی در تاریخ ۲۶ دی ماه ۱۴۰۰ به تصویب هیئت امنای صندوق رسید، این است که هیئت عامل صندوق توسعه ملی مجاز است برای تسریع در وصول مطالبات معوق خود بابت تسهیلات

اعطایی از محل منابع صندوق، نسبت به تملک دارایی‌ها و سهام بانک‌ها و تسهیلات‌گیرندگان ذی‌ربط یا مشارکت در طرح‌های پربازده اقدام کند. اگر مقصود از این تملک، پیگیری وصول مطالبات از طریق دوایر اجرای اسناد رسمی و یا محاکم قضایی است که سابقاً اشکالات آن بیان شد، لکن در صورتی که مقصود توقیف و تملک قهری است، اجرای این روش نیز دچار چالش‌های حقوقی بسیار زیادی است چراکه:

اولاً. مصداق بارز جمع کردن مقام واضح، مجری و ناظر در یک شخص و خلاف اصل تفکیک قواست، چراکه اساساً ساختار تفکیک قوا برای ایجاد دو کارکرد عدم تجمع قدرت و نظارت دائمی ایجاد شده (حبیب‌زاده و آجرلو، ۱۳۹۱، صص. ۱۰۲-۱۰۶)، در حالی که تصویب نحوه‌ای خارج از روش‌های مرسوم برای وصول طلب و اقدام به وصول طلب، مصداق بارز تجمع قدرت و تخلف واضح از اصل نظارت دائمی است.

ثانیاً. این نحوه وصول مطالبات چیزی شبیه به تقاص و خلاف نظم عمومی است. توضیح آنکه تقاص به معنای تلافی و پی‌جویی کردن (فیومی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۵۵۰) از ادبیات فقهی به ادبیات حقوقی تسری پیدا کرده است. فقها معتقدند در صورتی که بدهکار، اصل طلب را منکر شود یا علی‌رغم توانایی بر پرداخت دیون، آن را ادا نکند و طلب دین باشد، تنها مقاصه جایز خواهد بود (نراقی، بی‌تا، ج ۱۷، صص. ۴۵۶-۴۵۰). در خصوص معنای مقاصه، برخی آن را نوعی تهاتر دانسته‌اند (پارسا، ۱۳۹۵، ص. ۶۸). که از حیث اثر، از علل سقوط تعهدات است (شهیدی، ۱۳۸۵، ص. ۹۶).

با این تفاسیر، اعمال حق تقاص در تسهیلات صندوق توسعه ملی یعنی وقتی تسهیلات‌گیرنده یا بانک عامل (ضامن مشتری) نسبت به بازپرداخت مطالبات صندوق، اقدام نمی‌کند، در فرضی که شرایط تقاص محقق است، صندوق می‌تواند رأساً از اموال مدیون أخذ کند. اما باید توجه داشت که قطعاً تقاص از بانک‌های عامل توسط صندوق توسعه ملی، مقدمه فروپاشی شبکه بانکی در وضعیت نامناسب فعلی بانک‌های کشور، اعتراضات گسترده سپرده‌گذاران، بروز مفاسد جدی و اختلال در نظام اقتصادی خواهد بود.

این امر مهم مورد توجه فقها نیز واقع شده و علاوه بر شروط ذکر شده، شروطی چون طلق بودن و مستحق للغير نبودن را نیز برای تقاص در نظر گرفته‌اند (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، صص. ۴۳۶-۴۳۹). اما مهم‌ترین محل نزاع اعمال حق تقاص، تعارض آن با قاعده منع اخلال در نظام است، چراکه هر آینه ممکن است تقاص، آن هم در ابعاد بزرگ، منجر به اختلال در نظم زندگی مردم شود. در پاسخ، بررسی‌ها نشان می‌دهد که با رعایت ۴ شرط انکار یا تأخیر عالمانه در ادای دین، عدم مرافعه و قسم پیشین، عدم ورود ضرر یا وقوع جرم و فقدان توانایی طرح دعوا، امکان تقاص بدون رجوع به حاکم محقق است (نکونام، ۱۴۰۰، صص. ۵۴-۶۱).

در مقام جمع‌بندی امکان اعمال حق تقاص در تسهیلات موضوع بحث، باید گفت تحقق شروط ذکر شده در شرایط «حکومت اسلامی» که طرح دعوا به لحاظ شرعی با مانع روبه‌رو نیست (حبیب‌زاده، ۱۳۸۹، ص. ۱۶۶) و سهامی عام بودن بانک‌ها و تبعاً طلق نبودن مالکیت آن‌ها، با دشواری مواجه است.

۳. راهکارهای برون رفت از وضعیت فعلی

علی‌رغم همه اشکالات پیش‌گفته، اعطای تسهیلات از طریق صندوق توسعه ملی ممکن بوده و لازم است. اما چه الزاماتی بر این قراردادها حاکم است و چگونه می‌توان از وضعیت فعلی برون رفت؟ موارد ذیل راهکارهایی کوتاه‌مدت و حقوقی جهت پاسخ به این سؤال هستند:

۱- **تبیین ماهیت صندوق توسعه ملی:** اولین و مهم‌ترین مسئله‌ای که صندوق توسعه ملی با آن مواجه است، تبیین ماهیت آن است. صندوق توسعه ملی نه نوعی حساب شبیه به حساب ذخیره ارزی است که مورد تعرض دولت‌ها قرار گیرد (معمودی، ۱۳۸۸، ص. ۲۷) و نه نوعی بانک است که ناگزیر از رعایت الزامات بانک مرکزی باشد؛ بلکه وفق بند الف اساسنامه صندوق توسعه ملی، صندوقی است که با هدف تبدیل منابع ملی به ثروت‌های ماندگار و قطع وابستگی بودجه به منابع ملی ایجاد شده است، لذا طی بندهای «ح» و «خ»، منابع و مصارف صندوق نیز به دقت بیان گردیده است. توضیح این نکته، راهگشایترین ابزار صندوق در مسیر تعالی است، چراکه امروزه مشاهده می‌شود به‌واسطه معین شدن منابع و مصارف به‌وسیله قانون،

دولت‌ها به چشم حسابی دور از دسترس‌تر از حساب ذخیره ارزی، به صندوق توسعه ملی می‌نگرند. البته ناگفته نماند که دولت‌ها، همچنان در لایحه بودجه و در مواقعی مثل سیل و زلزله و تأسیس فاضلاب و... با استجازه از رهبری^۶، از آن منبع ارتزاق می‌کنند.

۲- **تبیین رابطه حقوقی سه‌جانبه:** آغاز هر گونه اصلاحی در فرایند تسهیلاتی گفته‌شده، مستلزم تبیین رابطه حقوقی صندوق، بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده به نحوی است که کمترین ریسک ممکن را برای صندوق داشته باشد. همان‌گونه که سابقاً تبیین شد، تعریف رابطه عاملیت و به تبع آن انعقاد قراردادهای مشارکتی از سوی صندوق، واجد اشکالات فقهی و حقوقی متعددی است که نمی‌تواند صندوق را از باب مسئولیت شراکت در زیان در طرح‌های مشارکتی برهاند؛ اگر هم بنا بر تداوم روند فعلی است، باید جبران خسارت احتمالی طی عقد خارج لازم و در قالب صلح تبرعی از اموال بانک خارج از موضوع مشارکت با بانک عامل شرط شود، وگرنه ابهام حقوقی و شرعی ممکن است در بلندمدت، صندوق را دچار مشکلات جدی نماید که حتی در صورت تبیین چنین شرطی، چون بانک، کارگزار و عامل صندوق است، رابطه فعلی کشش شرط عدم مسئولیت در قالب فعلی را نداشته و باید تغییر کند که در همین راستا، ماهیت یکایک عقود مبادله‌ای و تناسب آنها با مقتضیات صندوق بررسی شد.

۳- **تغییر شیوه سرمایه‌گذاری:** مبرهن است که صندوق توسعه ملی به دنبال تأمین مالی طرح‌های زیرساختی همچون پتروشیمی و راهسازی است که هم بهره‌وری بین‌نسلی داشته باشند و هم سودده باشند، چراکه اقتضای سرمایه‌گذاری بین‌نسلی، کسب بازدهی پایدار و بلندمدت است (محمودی و دیگران، ۱۳۹۸، ص. ۶۶). با این پیش‌فرض، معمولاً این طرح‌ها بلندمدت بوده و اجرای آنها با منابع صندوق توسعه ملی که از اموال عمومی است، نیازمند نظارت دقیق و استفاده از همه ظرفیت‌هاست که معمولاً در تأمین مالی از طریق شبکه بانکی محقق نمی‌شود. به عبارت دیگر، اقتضای فعالیت صندوق، مشارکت در فعالیت‌های بین‌نسلی است و این به معنای فعالیت‌های بلندمدت است، درحالی‌که ذات بانک، تأمین مالی کوتاه‌مدت است و

تأمین مالی بلندمدت باید از طریق بازار سرمایه صورت پذیرد. لذا پیشنهاد می‌گردد صندوق به‌جای استفاده از ساختار نامناسب، غیرشفاف و ناکارآمد تسهیلات‌دهی در سرمایه‌گذاری‌های بلندمدت و بار نمودن تکلیف مالایطاق مسئولیت بازپرداخت تسهیلات به‌عهد بانک عامل، از ظرفیت شفاف، دقیق و کارآمد بازار سرمایه، مانند صندوق طرح^۷، انتشار اوراق یا حتی مشارکت مستقیم صندوق توسعه ملی که می‌تواند نتایج بهتری را به دنبال داشته باشد، در چنین طرح‌هایی استفاده نماید، چراکه ریسک ناشی از برون‌سپاری وصول مطالبات و اعتبارسنجی را کاهش می‌دهد و صندوق را از منافع سپرده‌گذاری بلندمدت و نظارت بر مصرف تسهیلات بهره‌مند می‌کند.

۴- اصلاح قرارداد عاملیت: بانک مرکزی در راستای اجرای تکلیف مقرر در تبصره ذیل ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار، موضوع لزوم یکنواخت سازی فرم عقود تسهیلات بانکی و فرم‌های یکنواخت قراردادهای تسهیلاتی عقود تسهیلات بانکی را پس از تصویب در شورای پول و اعتبار طی بخشنامه شماره ۹۴/۳۴۷۱۷۲ مورخ ۲۷ / ۱۱ / ۹۴ به شبکه بانکی ابلاغ کرد. طی این فرم‌های یکنواخت ابعاد مختلف تخلفات، تناسب فقهی قرارداد تخصیص تسهیلات و منابع پشتوانه و کاهش ریسک نکول از بازپرداخت تسهیلات، همگی تا حدی مورد پوشش قرار گرفتند. با این حال، ماهیت خاص صندوق و نوع تسهیلات آن، طراحی قراردادهای جداگانه برای تسهیلات پرداختی از محل منابع صندوق توسعه ملی را اقتضا می‌کند؛ درحالی‌که این امر حادث نشده و قراردادهای عاملیت نیز چنین سازوکاری را در دل خود جای نداده‌اند.

درعین حال انتخاب فرم یکنواخت مناسب، بستگی به ماهیت سپرده‌های صندوق توسعه ملی نزد بانک دارد؛ چراکه ماهیت سپرده صندوق توسعه ملی و نوع مالیت دارایی‌های صندوق دارای ابهاماتی است. اگر بپذیریم دارایی صندوق، جزو اموال عمومی است، دولت و حاکمیت تنها وکیل مردم در بهره‌برداری از آن است و اعطای تسهیلات از محل آن به جهت انتفاع خصوصی، با موانعی مواجه است که همه این شروط باید تحت عنوان شروط ضمن عقد، در قرارداد عاملیت به‌عنوان

تکلیف بانک عامل شناسایی شود. مضافاً شروطی مثل بیمه موضوع تسهیلات و... که در قراردادهای یکنواخت ابلاغی، در نظر گرفته شده است، باید در خصوص قرارداد عاملیت نیز انجام شود تا نرخ ریسک نکول از بازپرداخت اقساط و تسهیلات به صندوق را کاهش دهد.

راهکار دیگری که می‌تواند جایگزین اصلاحات قرارداد عاملیت شود، تغییر قرارداد عاملیت با قرارداد سپرده‌گذاری است طوری که با استفاده از ظرفیت عقد وکالت، بهره‌برداری از منابع سپرده صندوق به خود بانک‌ها و اگذار شده و بانک‌ها بتوانند منابع را به طرح‌هایی که اعتقاد به ارزآوری آنها دارند، تخصیص بدهند؛ به عبارت دیگر صندوق منابع خود را نزد بانک سپرده‌گذاری می‌کند و بانک وکیل صندوق خواهد بود که با رعایت الزامات قانون عملیات بانکی بدون ربا، مستقلاً قرارداد تسهیلاتی را با تسهیلات‌گیرندگان منعقد کرده و عواید حاصله را پس از کسر کارمزد به صندوق اعطا نماید.

۵- رعایت الزامات ریسک اعتباری بانک‌ها: بر اساس بندهای (ج) و (ه) بخش یازدهم نظام‌نامه ضوابط و شرایط اعطای تسهیلات صندوق توسعه ملی که در تاریخ ۱۳۹۳/۰۴/۱۷ به تصویب هیئت امنای صندوق توسعه ملی رسیده است، مسئولیت احراز اهلیت متقاضیان دریافت تسهیلات از منابع صندوق، رتبه‌سنجی اعتباری آن و ارزیابی و تأیید گزارش‌های توجیه فنی، مالی و اقتصادی طرح‌ها با بانک عامل است. مضافاً به موجب بند (ک) بخش مزبور، قبول ریسک بازپرداخت و وصول اقساط از تسهیلات‌گیرنده و بازپرداخت به هنگام سررسید تسهیلات (اعم از اصل و سود) به صندوق توسعه ملی نیز بر عهده بانک عامل می‌باشد. بنابراین به لحاظ پذیرش ریسک (غیر از مقوله نوسانات ارز) تفاوتی میان تسهیلات اعطایی از محل منابع صندوق توسعه ملی و سایر تسهیلات اعطایی وجود ندارد.

یکی از مهم‌ترین ابزارهای کاهش ریسک تسهیلات‌دهی، بیمه تسهیلات است «که طی آن، شرکت‌های بیمه در ازای دریافت مبلغی به‌عنوان حق بیمه از بانک‌ها، تسهیلات اعطایی آن‌ها را بیمه می‌نمایند تا در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات توسط مشتری بنا به دلایلی از قبیل ورشکستگی، اعسار، نکول بلاوجه و امثال آن، شرکت بیمه

مبادرت به بازپرداخت تسهیلات مزبور به بانک نموده و سپس به قائم مقامی بانک به مشتری رجوع نماید. در این سازوکار با توجه به اینکه بانک به‌عنوان ذی‌نفع و بیمه‌گذار عمل می‌نماید، فلذا رأساً نیز مکلف به پرداخت حق بیمه می‌باشد. این امر مهم در بخشنامه ۹۱/۴۴۳۴۱ مورخ ۱۳۹۱/۲/۲۴ و در خصوص تسهیلات بانکی مورد تأکید قرار گرفته است. پس از آن با شکل‌گیری نوسانات نرخ ارز، تسهیلات گیرندگان صندوق توسعه ملی نیز عمدتاً دچار مشکل شدند چراکه اولاً طبق بخش سوم نظامنامه ضوابط و شرایط اعطای تسهیلات ارزی، مصوب ۱۳۹۳/۰۴/۱۷ هیئت امنا صندوق توسعه ملی، نوع ارز و واحد پولی محاسبات صندوق توسعه ملی دلار آمریکا می‌باشد و بانک عامل مکلف است اقرارنامه‌ای رسمی مبنی بر درک و پذیرش تغییرات نرخ ارز از متقاضی دریافت و در پرونده اعتباری او درج نماید؛ ثانیاً در این رابطه بر طبق اقرارنامه رسمی درک و پذیرش ریسک تغییرات نرخ ارز در بازپرداخت تسهیلات دریافتی از محل منابع صندوق توسعه ملی، مشتری اقرار می‌نماید «... ریسک‌های ناشی از نوسانات و تغییرات نرخ ارز در زمان بازپرداخت اقساط دریافتی را طبق جدول زمان‌بندی بازپرداخت اقساط به ارز مندرج در قرارداد یا معادل آن به یکی از ارزهای دلار آمریکا، یورو، پوند انگلیس، ین ژاپن، درهم امارات، وون کره، فرانک سوئیس (در نرخ برابری اعلام شده توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در زمان بازپرداخت) و با همان ترتیب مشخص شده در قرارداد مذکور به حساب معرفی شده از سوی بانک عامل واریز نماید».

با توجه به مسئله مذکور، افزایش ناگهانی نرخ ارز و ناتوانی بانک مرکزی در تأمین آن، باعث تصویب ماده ۲۰ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر شد و به‌جهت جلوگیری از وقوع مجدد این اتفاق، وفق تبصره ۳ ماده ۲۰ همان قانون، مقرر شد وزارت اقتصاد و دارایی «ظرف مدت سه ماه پس از تصویب این قانون با همکاری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، سازمان بورس و اوراق بهادار و بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران، آیین‌نامه پوشش نوسانات نرخ ارز را تهیه کند و به تصویب هیئت وزیران برساند». البته این امر مهم هیچ‌گاه محقق نشد و مسئله پوشش ریسک ناشی از نوسانات نرخ ارز، با أخذ تعهدنامه از مشتریان، به آنها تحمیل شده و حجم کثیری از دعاوی ارزی را به نظام قضایی کشور تحمیل کرد.

رعایت بهداشت اعتباری، همکاری با یک بانک توسعه‌ای، شفافیت فرایند تصمیم‌گیری و سرمایه‌گذاری و... از دیگر عواملی هستند که رعایت آنها، ریسک اعتباری صندوق را کاهش می‌دهد.

نتیجه‌گیری

صندوق توسعه ملی، از صندوق‌هایی است که برای محافظت از دست‌اندازی دولت‌ها به منابع بین‌نسلی ایجاد می‌شوند. صندوق توسعه ملی ایران نیز با همین هدف تأسیس شده و در راستای کسب منافع بلندمدت و پایدار، سعی دارد از قالب اعطای تسهیلات بهره‌برد، لکن در این مسیر، با ابهامات جدی مواجه است که یکی از این ابهامات، ماهیت قرارداد عاملیت صندوق با بانک‌ها و رابطه سه‌جانبه مشتری، بانک و صندوق است. لذا این نوشتار درصدد پاسخ به این سؤال که «ماهیت قرارداد عاملیت منعقد شده بین بانک و صندوق توسعه ملی چیست و این ماهیت چه آثاری را در پی دارد؟» سعی نمود راهکارهای حقوقی جهت بهبود آن ارائه نماید.

در بخش اول نوشتار تحت عنوان ماهیت قراردادهای تسهیلاتی صندوق توسعه ملی، ابتدا فرایند اعطای تسهیلات صندوق تبیین شد. طی فرایند موصوف صندوق توسعه ملی با انعقاد قرارداد عاملیت و افتتاح حساب نزد بانک عامل، بانک را به‌عنوان کارگزار (نماینده) خود در اعطای تسهیلات و اعتبارسنجی مشتریان معرفی می‌کند مشروط بر اینکه بانک عامل ضمانت تسهیلات‌گیرنده را در هنگام اعطای تسهیلات بپذیرد. در پی بیان فرایند اعطای تسهیلات، اولین سؤال این است که «آیا رابطه حقوقی بین صندوق توسعه ملی و بانک عامل و تسهیلات‌گیرنده، رابطه‌ای قراردادی و مستند به قانون عملیات بانکی بدون رباست یا قالب دیگری در خصوص آن حکم فرماست؟ یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد سازوکار دیگری جز عقود معین مصرح در قانون عملیات بانکی بدون ربا برای تنظیم رابطه سه‌جانبه مذکور وجود ندارد. درعین حال علی‌رغم اینکه عمده عقود تسهیلاتی صندوق، در قالب عقود مشارکتی منعقد می‌شوند، تلاش برای تبیین رابطه مذکور، در قالب عقود مشارکتی به دلیل صعوبت احراز قصد و مسائلی دیگر بسیار مشکل‌ساز است. این اشکال، نگارندگان را به سمت عقود مبادله‌ای سوق داد و گفته شد که علی‌رغم برخی مزایا، بعضی از این عقود نیز با مشکل صوری

بودن مواجه‌اند و برخی از آنها مانند جعاله و استصناع قابل استفاده‌اند. در بخش دوم به تبعات رابطه سه‌جانبه و مجهول فوق پرداختیم. مهم‌ترین مشکل ایجاد شده ناشی از این ابهام، در وصول مطالبات صندوق خودنمایی کرد. جایی که هیچ روش صحیح و مناسبی برای وصول مطالبات باقی نماند. در بخش سوم این نوشتار، به پیشنهادهایی پرداخته شد که می‌تواند پرده از رابطه مه‌آلود صندوق و بانک و مشتری برداشته و انباشت مطالبات صندوق را تا حد امکان کاهش دهد. اولین راهکار، تبیین ماهیت صندوق توسعه ملی به‌عنوان صندوق، در کنار نهادهایی چون بانک، حساب و... است. دومین راهکار، تبیین رابطه حقوقی سه‌جانبه در قالب عاملیت و استفاده از عقود متناسب با این رابطه است. عقد استفاده‌شده در قرارداد فی مابین صندوق و بانک و مالاً بانک و مشتری، تعیین‌کننده میزان ریسکی است که صندوق توسعه ملی تمایل به تحمل آن دارد. سومین راهکار، تغییر شیوه سرمایه‌گذاری از اعطای تسهیلات به سرمایه‌گذاری مستقیم یا غیرمستقیم و حتی مشارکت واقعی است. بازدهی پایدار و بلندمدت ناشی از این تغییر، با استفاده از ابزارهای مختلف، قابل تضمین است. چهارمین راهکار، اصلاح قراردادهای عاملیت و در نظر گرفتن ریسک‌های مختلف قراردادی است. پنجمین راهکار نیز، رعایت الزامات حاکم بر ریسک اعتباری بانک‌ها، توسط صندوق است. استفاده از بیمه تسهیلات، اعتبار سنجی مستقل، سنجش احتمال ارزآوری طرح، رعایت بهداشت اعتباری و... از جمله این الزامات هستند. و آخرین راهکار استفاده از سازوکار بازار سرمایه و حتی روآوردن به خرید برخی اوراق است که در متن به‌صورت کامل تشریح شد.

یادداشت‌ها

1. Dutch disease

۲. در ایران همواره بخش زیادی از دلارهای نفتی صرف مخارج دولت شده است. در بودجه سال ۱۳۸۷، حدود ۶۷ درصد درآمدهای عمومی دولت از محل درآمدهای نفتی تأمین شده است. همچنین، پیشبینی‌های مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی حاکی از آن است که عملکرد این شاخص در سال ۱۳۸۸ معادل ۵۸ درصد خواهد بود. هر چند از سال ۱۳۸۳، حساب ذخیره‌های ارزی برای مدیریت درست بخشی از دلارهای نفتی تشکیل شد، اما دولت به شیوه‌های مختلفی (تقدیم متمم بودجه به مجلس و غیره) از این حساب برداشت کرده است. در واقع، این حساب به میزان زیادی از کارویژه‌های اصلی‌اش فاصله دارد و وجوه آن بیشتر صرف کسری‌های بودجه دولت، پرداخت یارانه‌ها و سرمایه‌گذاری‌های دولتی شده و در نهایت، با تزریق نقدینگی به اقتصاد، آن را دچار بی‌ثباتی کرده است (خضری، ۱۳۸۸، ص. ۷۳).

۳. این مشکل مکرراً مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته تا جایی که برخی با توجه به همین نکته معتقدند ظرف بانک، تخصص لازم، توان کافی و ریسک‌پذیری جهت اجرای عقد مشارکت مدنی را ندارد (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، صص. ۴۸-۴۹).

۴. هر چند توضیح عمومی بودن اموال صندوق توسعه ملی از حوصله این مقاله خارج است لکن اشاره اجمالی نسبت به آن در روشن شدن مطلب، اثر بسیار زیادی خواهد داشت. در روایات عبارت «ملکيه الامام أو الدوله» از «ملکيه جميع (أو عموم) المسلمین» تفکیک شده است که اولی به مالکیت دولتی و دومی مالکیت عمومی اشاره دارد (ایروانی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، صص. ۱۸۳-۲۰۳). هر چند در این دیدگاه مالکیت عمومی و مالکیت دولتی از لحاظ اجتماعی نظیر یکدیگرند، اما به لحاظ صوری و قالب حقوقی، میان این دو نوع مالکیت تفاوت وجود دارد و این اختلاف شکلی موجب می‌شود تا در شیوه بهره‌برداری و همچنین نقشی که در بنای جامعه اسلامی دارند، تفاوت‌هایی پدید آید (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، ص. ۸۳). اموال عمومی، اموالی هستند که متعلق به عموم اعضای جامعه بوده و به گونه مستقیم در دسترس مردم قرار دارند، ولی بهره‌برداری مردم از آنها تابع نظامات ویژه قانونی و دولتی می‌باشد. به تعبیر دیگر «اموال عمومی اموالی است که بر خلاف اموال خصوصی متعلق به منفعت عمومی و شخصیت حقوقی عمومی باشد» (عبداللهی، ۱۳۹۸، ص. ۶۵). بنابراین، در خصوص این اموال، دولت نیز به نمایندگی از مردم و در راستای حفظ مصالح عموم، به اداره

و صیانت از این اموال می‌پردازد. همچنین اموال دولتی نیز اموالی هستند که به‌طور مستقیم در دسترس عموم قرار نداشته و دولت خود به‌عنوان یک شخصیت حقوقی، دارای حق مالکیت است؛ البته به معنای مالکیت اداری یا حق تولیت؛ یعنی دولت در اداره این اموال صرفاً با موانع قانونی کمتری مواجه است و در هر صورت، مصالح عموم را باید در رابطه با این اموال در نظر بگیرد (سعدی و منصوریان، ۱۳۹۶، ص. ۱۲۴). با این اوصاف، اموال عمومی از چند ویژگی برخوردارند:

- برخلاف اموال دولتی که طبق ماده ۲ آیین‌نامه اصلاحی اموال دولتی، قابل تصرف مالکانه و واگذاری به اشخاص خصوصی هستند و دولت می‌تواند طبق قوانین آنها را واگذار کند، اموال عمومی به تملک خصوصی در نمی‌آیند و صرفاً بهره‌برداری از آنها - در صورتی که منعی از سوی حکومت وجود نداشته باشد - براساس حیازت و انجام کار، مجاز شمرده می‌شود (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، ص. ۸۹). مضافاً اموال عمومی به سود طلبکاران دولت قابل توقیف نیست، زیرا بازداشت مالی که قابل تملک خصوصی نیست کاری بیهوده و مقدمه‌ای بی‌نتیجه و بی‌هدف است.

- درآمدهای ایجاد شده از مالکیت عمومی باید به‌وسیله دولت یا ولی امر به مصارف جمعی و عمومی برسد و نمی‌توان آن را برای تأمین نیازهای گروه خاصی از اجتماع - به‌صورت کمک نقدی یا دادن سوبسید به کالای مورد استفاده آنان اختصاص داد؛ حال آنکه اموال دولتی، علاوه بر آنکه می‌تواند به مصارف عمومی برسد، برای کمک به گروه‌های اجتماعی و فراهم کردن امکان اشتغال برای بیکاران نیز قابل مصرف است (صدر، ۱۳۴۹، ج ۲، صص. ۸۴-۸۳).

- هر چند دولت اسلامی مالک این ثروت‌ها نیست، اما در همه موارد از حق نظارت برخوردار بوده و با وضع قوانین و مقررات لازم، چگونگی استفاده مردم از این منابع را انتظام می‌بخشد و در صورتی که اصل منبع در خطر نابودی و انقراض قرار گیرد با وضع قوانین، استفاده از آنها را محدود می‌نماید (پورمند و کرمی، ۱۳۹۱، ص. ۶۳).

- هیچ‌کس نمی‌تواند بدون اذن دولت اسلامی در آنچه در مالکیت دولت اسلامی قرار دارد، تصرف نماید و این در حالی است که استفاده مردم از آنچه جزء اموال عمومی قرار دارد، چنانچه دولت دولت بر طبق مصلحتی ممنوعیتی به‌وجود نیاورده باشد، بلامانع می‌باشد (پورمند و کرمی، ۱۳۹۱، ص. ۶۳).

- با در نظر گرفتن این مقدمات و کارکردهای صندوق توسعه ملی، ماهیت عمومی اموال آن نزدیک‌ترین تبادر ذهنی است چراکه این اموال در واقع سهم نسل آینده از منابع خدادادی

یک سرزمین است استفاده از آن برای یک دوره کوتاه مدت، خلاف ذات مقتضای آن تلقی می‌گردد لذا دولت‌ها که ماهیتاً عمری کوتاه دارند حق دست‌اندازی به این منابع را ندارند.

۵. قاعده مزبور تحت عنوان قاعده استیمان (عدم ضمان امین) معروف است که از خبر معروف «لیس علی الامین الا الیمین» و خبر «لیس علی المؤمن ضمان» و «ما علی الامین الا الیمین» گرفته شده است و معنای آن این است که هیچ چیزی جز سوگند بر امین نیست. مفاد قاعده مزبور آن است که اگر مال مورد امانت نزد امین تلف یا ناقص یا معیوب شود، هیچ‌گونه مسئولیت و ضمانی متوجه امین نیست و کافی است که او سوگندی یاد کند تا هر ادعای ضمانی علیه او ساقط شود (صفر، ۱۳۷۷، ص. ۱۴).

۶. برای مثال ر.ک. به: <https://farsi.khamenei.ir/news-content?id=42243>

۷. صندوق‌های طرح، یکی از روش‌های تأمین مالی غیرمستقیم در بازار سرمایه هستند که معمولاً عمده سرمایه جذب شده را صرف پروژه‌های بسیار بزرگ می‌کنند.

کتابنامه

- افشار، بهمن و موسوی، سیدرضا (۱۳۹۷). اعتبارات اسنادی داخلی - ریالی (ساختار، ماهیت و مبنای عقدی). فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار، (۵)، صص. ۳۳-۵۹.
- امامی، سیدحسین (۱۳۶۸). حقوق مدنی. تهران: اسلامیه.
- ایروانی، باقر (۱۴۲۷ق). دروس تمهیدی فی الفقه الاستدلالی. (۳ جلد). قم: مؤسسه الفقه للطباعة و النشر.
- پارسا، فرزاد (۱۳۹۵). مقاصد در فقه اسلامی و مقایسه آن با تهاتر در حقوق ایران. دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن، (۸)، صص. ۶۷-۹۱.
- پورمند، محمد و کرمی، محمد مهدی (۱۳۹۱). مبانی فقهی اقتصاد اسلامی. تهران: سمت.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۲۷ق). المسائل المنتخبة. قم: دار الصدیقة.
- حبیب‌زاده، توکل و آجرلو، اسماعیل (۱۳۹۱). نقد مبانی انسان‌شناختی اصل تفکیک قوا - با بررسی تطبیقی در انسان‌شناسی اسلامی. پژوهشنامه حقوق اسلامی، (۲)۱۳، صص. ۹۹-۱۲۶.
- حبیب‌زاده، محمدجعفر (۱۳۸۹). تحلیل جرائم کلاهبرداری و خیانت در امانت. تهران: دادگستر.
- حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲ق). فقه الصادق (علیه السلام). قم: دار الکتاب - مدرسه امام.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکرة الفقهاء، ج ۱۱، قم: مؤسسه نشر آل البيت لاحیاء التراث.
- خضری، محمد (۱۳۸۸). بیماری هلندی و ضرورت استفاده درست از درآمدهای نفتی. فصلنامه

- مطالعات راهبردی، (۴۶)، صص. ۶۷-۸۲.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۷۴). *تحریرالوسیله*. قم: مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۹۰). *تحریرالوسیله*. بی‌جا: دارالکتب العلمیه.
- دادگر، یداله و توحید فیروزان، سرنقی (۱۳۹۱). ارائه چارچوبی برای تعیین نرخ سود در عقود مبادله‌ای. *فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)*، (۴)، صص. ۷۹-۱۰۲.
- رضایی، محمد و جمشیدی اوانکی، احمدرضا (۱۳۹۵). مشکلات اجرایی جعاله و جعاله ثانویه در بانکداری ایران و تحلیل حقوقی دستورالعمل اجرایی آن با رویکردی بر نظر امام خمینی. *پژوهشنامه متین*، (۷۲)، صص. ۷۵-۹۶.
- روحانی، سیدعلی و بنی‌طبا، سیدمهدی (۱۳۹۶). پیامدهای نبود نظارت شرعی بر نظام بانکی ایران، دلالت‌های سیاستی. *فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی*، (۶۸)، صص. ۸۷-۱۱۷.
- رئیس، مصطفی (۱۳۷۳). *جعاله در اقتصاد اسلامی*. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- سعدی، حسینعلی و منصوریان، مصطفی (۱۳۹۶). بازشناسی فقهی حقوقی مالکیت عمومی از مالکیت دولتی با تأکید بر اصل ۴۴ قانون اساسی. *حکومت اسلامی*، (۸۵)، صص. ۱۰۴-۱۲۹.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۸۶). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. تدوین توسط سیدمحمد کلانتر. (۱۰ جلد). قم: جامعه النجف الدینیة.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- شهیدی، سیدمهدی (۱۳۸۵). *سقوط تعهدات*. تهران: مجد.
- صاحب جواهر، محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. (۴۳ جلد)، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- صدر، سیدمحمدباقر (۱۳۴۹). *اقتصاد ما*. ترجمه اسپهبدی، (۲ جلد)، تهران: انتشارات اسلامی.
- صدر، سیدمحمدکاظم (۱۳۵۸). *بنیادهای عمومی بانک در جامعه اسلامی*. تهران: انتشارات روزبه.
- صفار، محمدجواد (۱۳۷۷). نقد و تحلیل حقوقی پیرامون ماده ۵۵۸ قانون مدنی پیرامون شرط ضمان مضارب. *مجله مفید*، (۱۴)، صص. ۱۵-۳۸.
- طالبی، محمد و کیانی، حسن (۱۳۹۱). ریشه‌یابی چالش‌های استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران. *تحقیقات مالی اسلامی (تحقیقات مالی اسلامی)*، (۲)، صص. ۳۷-۵۵.
- عبداللهی، حسین (۱۳۹۸). بازتعریف اموال عمومی و آثار آن در نظام حقوقی ایران. *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، (۶۳)، صص. ۶۵-۹۶.

علوی رضوی، سیدیحیی (۱۳۸۸). شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، (۳۳)، صص. ۱۶۱-۱۷۸.

فیومی، ابوالعباس (بی تا). المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر. (جلد ۲)، بیروت: المکتبه العلمیه. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین. تهران: کتابخانه گنج دانش.

کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۴). سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا. فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، (۱)، صص. ۳۹-۷۰.

کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۶). مسئولیت بانک‌ها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه). فصلنامه علمی ترویجی اقتصاد و بانکداری اسلامی، (۲۱)، صص. ۱۳۵-۱۵۶.

لاجوردی، سیدعدنان؛ توحیدی‌نیا، ابوالقاسم و رضایی صدرآبادی، محسن (۱۳۹۴). بررسی نقش صندوق توسعه ملی در تحقق عدالت اقتصادی. دو فصلنامه علمی - پژوهشی اقتصاد اسلامی، (۱۵)، صص. ۹۱-۱۲۰.

محمودی، وحید؛ عبده تبریزی، حسین؛ شیرکوند، سعید و قهرمانی، رضا (۱۳۹۸). الگوی حکمرانی و تخصیص منابع در صندوق توسعه ملی ایران. فصلنامه اقتصاد مالی، (۴۹)، صص. ۴۷-۱۰۰.

مرادی، یاسر (۱۳۹۸). چالش‌های حقوقی وصول مطالبات مؤسسه‌های اعتباری. فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، (۱۲)، صص. ۴۳-۶۸.

معتمدی، منیره (۱۳۸۸). صندوق توسعه ملی و لایحه برنامه پنجم. تازه‌های اقتصاد، (۱۲۶)، صص. ۲۶-۳۳.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (بی تا). مستند الشیعه. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لإحياء التراث. نظرپور، محمدنقی (۱۳۸۴). اوراق بهادار استصناع (سفارش ساخت)؛ ابزاری برای سیاست پولی. فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، (۲۰)، صص. ۸۱-۱۱۰.

نکونام، وحید (۱۴۰۰). بررسی نسبت قاعده تقاص با قاعده منع اخلال در نظام. فصلنامه دانش حقوق عمومی، (۴)، صص. ۴۷-۶۸.

هاشمی شاهرودی، سید محمود (۱۳۷۶). بانکداری اسلامی. مجله تحقیقات اسلامی (۱ و ۲)، صص. ۱۱۷-۱۲۲.

درخواست اشتراک

فصلنامه علمی پژوهش نامه حقوق اسلامی

الف) اطلاعات فردی:	
نام خانوادگی:	نام:
رتبه علمی (اختیاری):	محل فعالیت:
	آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها:	
نام مؤسسه / کتابخانه:	وابسته به:
ج) نشانی (برای ارسال مجله):	
آدرس:	
کد پستی:	تلفن:
تلفن همراه:	نمابر:
پست الکترونیک:	شماره اشتراک (در صورت داشتن اشتراک سابق):
اشتراک از شماره:	تا شماره:

بهای اشتراک سالانه (چهار شماره):

مؤسسات: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۱/۰۰۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال نمایند. (لطفاً روی فیش، عنوان **پژوهش نامه حقوق اسلامی** ذکر شود)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)،

اداره کل پژوهش و نشر، اداره توزیع و فروش

تلفن: ۵-۸۸۰۹۴۰۰۱ داخلی ۵۱۲ دورنگار: ۸۸۳۷۰۱۴۲

صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

آدرس سامانه اختصاصی نشریه: <https://ilr.isu.ac.ir>

آدرس پست الکترونیک نشریه: ilrisu@yahoo.com

Jurisprudential examination of the relationship between the bank, the client and the National Development Fund in the provision of facilities; Challenges and solutions

Yaser Moradi*

Received: 2022/05/26

Seyyed Amir Hosein Seyyedi**

Accepted: 2023/01/26

Abstract

After realizing the necessity of intergenerational justice, many countries have pursued solutions such as establishing development funds for its realization and the productivity of the next generations from the national wealth. These funds usually pursue long-term goals such as converting national resources into lasting wealth with increasing productivity by granting facilities or directly investing in development projects. The National Development Fund in Iran mainly operates in the form of grant facilities through the conclusion of agency contracts with banks, which has always led to grave challenges, especially regarding the collection of claims for granted resources. Although the agency contract of the National Development Fund with the banks had concluded in the form of additional and inflexible contracts and the fund has tried to reduce the risk of return of its resources to the minimum possible level in the form of the conditions included in a contract, but, it still has problems in collecting claims. It is serious.

This article tried to examine the nature of the relationship between the client, the bank, and the National Development Fund in granting facilities and its effects with a descriptive and analytical approach, while explaining the process of granting facilities and explaining its legal ambiguity, especially in the mentioned tripartite relationship. Prove that the current problems of the National Development Fund are caused by the unfair nature of the mentioned relationship and that current contracts cannot cover the contractual risks of the facility. In the end, specific suggestions such as concluding deposit contracts instead of agency in some cases, using the capital market mechanism, modifying the conditions while concluding the agency contract, replacing exchange contracts, especially Istisnaa instead of partnership contracts, and finally complying with credit risk management requirements to improve the current situation, the current unfavorable situation can be sorted out with their help

Keywords: National Development Fund, Debt collection, Agency contract, Banking contract, Facilities.

* Ph.D. in Private Law, Department of Law, Mofid University, Qom, Iran.

Yaser110us@gmail.com

** Ph.D. Student in Public Law, Department of Public Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author).

Sa.seyedi@isu.ac.ir



New research for resolving the conflict between Article 38 Of The Civil Code with the laws restricting private property

Zeinab Sanchooli*

Received: 2022/05/30

Mohammad Reza Keykha**

Accepted: 2022/09/26

Abstract

According to article 38 of the Civil Code of the Islamic Republic of Iran, the owner has the right to do anything with his property, including land and space; But nowadays, private property rights have been limited by the legislature in many cases for expediency's observation. This indicates the conflict between article 38 C.C. and the current legislative approach. Therefore, it is necessary to find a way to resolve this conflict. This descriptive-analytical article shows that the application of Article 38 C.C. should be limited according to time, place & the necessity of responding to the growing needs of the society by the principle of no harm and the respecting public interest; However, the observance of justice requires considering the strong jurisprudential and legal evidences of respecting the individuals' private property on everything that is in a their personal property, as well as the conventional space of that property, and to ensure the opinion of the Guardian Council - which considered the prohibition of possession of valuables items from private property in contrary to Sharia standards – and by referring to articles 9 & 10 of Preservation of National Monuments code which approved on 08/12/1309 & considering a share for the land's owner & paying damages, all sights must be observed & the land's owner must be satisfied much as possible, in order to prevent the destruction of other people's property . Also, because of various laws which exclude article 38 C.C., it seems that this article needs huge changes.

Keywords: Article 38 of Civil Code, Application of property, Restriction of ownership, Private property, Subject laws.

* Member of The Theology Department, Zahedan Branch, Islamic Azad University, Zahedan, Iran. zsanchooli@yahoo.com

** Associate Professor, Department of Jurisprudence & Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Theology & Islamic Studies, University of Sistan & Baluchistan, Zahedan, Iran (Corresponding Author). kaykha@hamoon.usb.ac.ir



Examining the inclusion of the unanimous vote No. 794 of the General Board of the Supreme Court regarding "participatory facilities"

Hossein Abedini*
Abolfazl Zakeri**

Received: 2022/02/04
Accepted: 2023/01/27

Abstract

The General Board of the Supreme Court of the Country invalidated the condition of "excess interest over Central Bank's approvals" in contracts granting banking facilities by issuing unanimous decision No. 794 dated 21/5/2013. Regardless of accepting or not accepting the criticisms of this ruling, this ruling is not controversial about "exchange contracts" whose interest rate is fixed at the time of conclusion, but because of the nature of "Partnership Contracts," it raises an important question. Did it include these contracts or not? In this regard, some experts believe that according to the "jurisprudential foundations" and the "law of interest-free banking operations" the mentioned decision does not include "partnership contracts" because the inclusion of "expected profit" is only to prove the permission of the bank to enter the stage. is the conclusion of these contracts and the rate of "definite profit" in these contracts is determined after the "end of participation and audit"; On the other hand, some others believe that the said decision includes "partnership contracts" as well because what is included under the name of "expected profit" rate in these contracts, in practice, without any change, is the basis for regulating the relations between the bank and the customers. Keywords: banking law, unanimous decision No. 794 of the General Board of the Supreme Court of the country, partnership contracts, exchange contracts, interest rate, approvals of the Jurisprudence Council on Money and Credit of the Central Bank.

Keywords: Banking Law, Verdict of unity of procedure 794 of the General Assembly of the Supreme Court, Partnership Contracts, Exchange Contracts, Interest Rates, Approvals of the Monetary and Credit Council of the Central Bank.

* Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Meybod, Meybod, Iran (Corresponding Author). Abedini@Meybod.ac.ir

** Ph.D. Student in Private Law, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Sciences, University of Meybod, Meybod, Iran. Abzakeri@gmail.com

Pathology of The Executive Regulations of Article 219 of the Law on Direct Taxes in compliance with legal principles and rules

Hamid Reza Salehi*

Received: 2022/10/27

Mohammad Reza Abbasi**

Accepted: 2023/01/22

Ali Ahmadi Bayazi***

Abstract

The Executive Regulations of Article 219 of the Direct Taxes Law is one of the most important executive regulations of this Law, which explains how the tax organization interacts with taxpayers and how the officers perform their duties. The results of this research, which had carried out descriptively and analytically, indicate that the mentioned regulations have violated the laws and legal principles in many cases. The conflict of the mentioned regulation is more noticeable in the dimension of civil participation; Of course, the difference between the regulation and the regulations is also evident in other parts, including; First, contrary to Article 101 of the Direct Taxes Law, after one year, the said exemption is divided equally between the forced and voluntary partners. Contrary to Article 203 of the Law on Direct Taxes and Tax Procedures, it is allow to serve the documents from a partner to partners who are separate natural persons, and only one recognition sheet is issued. The debated regulation declares the responsibilities of partners in paying the tax debt to be a liability, while in the jurisprudence and legal system of Iran, joint and several liabilities are acceptable only in special cases. Secondly, contrary to Article 54 of the Direct Taxes Law, the head of the Tax Affairs Organization has been permitted to deal with disputes arising from this article. To make the calculation of income and expenses legal, the law of direct taxes declared the tax coefficients obsolete while the mentioned regulation established them without regulation and with a different title. This article deals with the pathology of the above mentioned regulations by the legal principles and standards, and in the end, appropriate suggestions are present.

Keywords: Notification, Regulation of Article 219 of the direct taxes law, Joint responsibility, Civil partnership.

* Assistant Professor, Department of Law, Payame-Noor University, Tehran, Iran.

Salehi_hamid1202@yahoo.com

** Ph.D in private Law, Department of Law, Payame-Noor University, Tehran, Iran
(Corresponding Author). Mra1390@yahoo.com

*** Member of The Law Department, Payame-Noor University, Tehran, Iran.

Ahmadiiali1356@yahoo.com



The optimal mechanism for establishing legal requirements in emergencies is based on the Constitution of the Islamic Republic of Iran

Ali Arian Nezhad*

Received: 2022/09/05

Meisam Aghrabaei Fam**

Accepted: 2022/12/06

Ali Fattahi Zafarghandi ***

Abstract

In the Constitution of the Islamic Republic of Iran, the mechanism for dealing with emergencies is established in articles 79 and 176, which seems paralleled for establishing legal requirements in their basic view of the mechanism. Because of the existence of paralleled mechanisms in dealing with emergencies and the lack of specific rules and frameworks this led to the uncertainty of the decision-making system in emergencies, it is essential to determine the act of these two mechanisms in dealing with emergencies (to implement Constitutions as much as possible); Because a systematic approach to constitutions requires a comprehensive interpretation based on both articles. So, this research has tried to answer the question, "What is the optimal regulation mechanism in emergencies based on the Constitution of the Islamic Republic of Iran" & to present the optimal mechanism in this field, meanwhile the case studying of decision-making on the issue of Covid-19 (as the last appearance of the emergencies in Iran's legal system), it is proposed a four-step optimal mechanism to apply the interpretation of these two principles in the governance system correctly in facing a state of emergency.

Keywords: Legal requirements mechanism, Emergency, Supreme National Security Council, Covovid-19, necessary restrictions.

* MA. Student in Public Law, Department of Public Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran (Corresponding Author). a.arianejad@isu.ac.ir

** MA. Student in Public Law, Department of Public Law, Islamic Studies and Law Faculty, Imam Sadiq University, Tehran, Iran. m.agherbaei@isu.ac.ir

*** Assistant Professor, Research Institute of Iranian Guardian Council, Tehran, Iran.

a.fattahi@girc.ac.ir



Law as a social matter; Methodological study of Montesquieu's law theory

Mojtaba Javidi*

Received: 2022/06/10

Accepted: 2022/12/11

Abstract

With modernity's advent, we are witnessing changes in the basis of science and forming a different one from the previous era gradually. The new science is not the complete form of the science of the pre-modern era but it is based on different ontological, epistemological, and anthropological foundations based on a specific perception of nature, men, and God. Montesquieu's theory does not pay attention to the permanent nature of men, their origin, and their true purpose for reaching happiness in the modern approach's framework. In this framework, men don't have a permanent and stable nature, but their nature will be created in society. Montesquieu considers the law as one part of the social system and tries to reveal the connection between "law" as a social matter and different social conditions. The most important results of considering law as a social matter in Montesquieu's thought are: analyzing of laws of society based on social conditions, acceptance of causal relations on law, relations of law, and its separation from values and religion. This article tries to make a connection between his social science principles, his basic principles, and his law theory with a methodological approach and studies his law theory based on the foundations of new social science, which is different from traditional science.

Keywords: The spirit of the law, Methodology, Modernity, Montesquieu, Social theory, Theory of law.

* Associate Professor, Department of Quranic Sciences and Jurisprudence, Faculty of Theology and Islamic Studies, Shiraz University, Shiraz, Iran.

dr-mojtabajavidi@shirazu.ac.ir



Contents

- **Law as a social matter; Methodological study of Montesquieu's law theory 511**
Mojtaba Javidi
- **The optimal mechanism for establishing legal requirements in emergencies is based on the Constitution of the Islamic Republic of Iran..... 539**
Ali Arian Nezhad, Meisam Aghrabaei Fam and Ali Fattahi Zafarghandi
- **Pathology of The Executive Regulations of Article 219 of the Law on Direct Taxes in compliance with legal principles and rules..... 565**
Hamid Reza Salehi, Mohammad Reza Abbasi and Ali Ahmadi Bayazi
- **Examining the inclusion of the unanimous vote No. 794 of the General Board of the Supreme Court regarding "participatory facilities" 591**
Hossein Abedini and Abolfazl Zakeri
- **New research for resolving the conflict between Article 38 Of The Civil Code with the laws restricting private property 621**
Zeinab Sanchooli and Mohammad Reza Keykha
- **Jurisprudential examination of the relationship between the bank, the client and the National Development Fund in the provision of facilities; Challenges and solutions..... 653**
Yaser Moradi and Seyyed Amir Hosein Seyyedi

In the Name of Allah the Compassionate the Merciful

Islamic Law Research Journal

58

The Quarterly Journal of Islamic Law Research
Volume 23, Issue 4, Serial No. 58, winter 2023

Publisher: Imam Sadiq University

Managing Director: Salman Emrani Assistant Professor (Expertise: Criminal law and criminology) Imam Sadiq University

Editor in Chief: NejadAli Almasi

Manager Editorial: Mohammad Hashemi Syavoshani

Editorial Board (In Alphabetical & Academic Rank Order):

Nejad Ali Almasi.....	Professor (Expertise: Private Law)	Tehran University
Ali Gholami.....	Professor (Expertise: Criminal law and criminology)	Imam sadiq University
Abbas Karimi.....	Professor (Expertise: Private Law)	Tehran University
Farid Mohseni.....	Professor (Expertise: Criminal Law and Criminology)	University of Judicial Sciences and Administrative Services
Sayyed Fazlollah Moosavi.....	Professor (Expertise: International Law)	Tehran University
Vali Rostami.....	Professor (Expertise: Public Law)	Tehran University
Sayyed Hosein Safaei.....	Professor (Expertise: Private Law)	Tehran University
Tavakkol Habibzadeh.....	Associate Professor (Expertise: International Law)	Imam sadiq University
Sayyed Mostafa Saadat Mostafavi.....	Associate Professor (Expertise: Private Law)	Imam sadiq University

The Articles in this Publication do not Necessarily the Views of the
Imam Sadiq University. The Quotes Are Only Full References

Printing: Imam Sadiq(a.s) University Press
190 Pages/ 1.000.000 RIS

Address: Imam Sadiq University, Modiriat Bridge, Shahid Chamran Highway, Tehran, Iran
P.O. Box: 14655-159

Management of Technical and Printing: Deputy of Research and Technology,
Telfax: +9821-88575025

Management of Scientific & Editorial Affairs: Islamic Studies & Law Faculty,
Telfax: +9821-88385118

Address of the Dedicated Journal System: <https://ilr.isu.ac.ir>
Email: ilrisu@yahoo.com



Imam Sadiq University
Islamic Studies & Law Faculty

The Quarterly

Journal of Islamic Law Research

58

23'th Year | Fourth Number | Serial No. 58
Winter 2022

- **Law as a social matter; Methodological study of Montesquieu's law theory**
Mojtaba Javidi
- **The optimal mechanism for establishing legal requirements in emergencies is based on the Constitution of The Islamic Republic of Iran**
Ali Arian Nezhad • Meisam Aghrabaei Fam • Ali Fattahi Zafarghandi
- **Pathology of The Executive Regulations of Article 219 of The Law on Direct Taxes in compliance with legal principles and rules**
Hamid Reza Salehi • Mohammad Reza Abbasi • Ali Ahmadi Bayazi
- **Examining the inclusion of the unanimous vote No. 794 of The General Board of the Supreme Court regarding "participatory facilities"**
Hossein Abedini • Abolfazl Zakeri
- **New research for resolving the conflict between Article 38 of The Civil Code with the laws restricting private property**
Zeinab Sanchooli • Mohammad Reza Keykha
- **Jurisprudential examination of the relationship between the bank, The client and The National Development Fund in The provision of facilities; Challenges and solutions**
Yaser Moradi • Seyyed Amir Hosein Seyyedi

